

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE

LA NOTION DE DONATION

EN DROIT CIVIL FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le samedi 21 décembre 1912, à 1 heure 1/2

PAR

Jean RAY

Ancien élève de l'école normale supérieure
Agrégré de philosophie

Président : M. WAHL, professeur

*Suffragants : { MM. PLANIOL, professeur.
MEYNIAL, professeur.*

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, rue Soufflot, PARIS-5^e

G. LAROSE et L. TENIN, Directeurs

1912

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

**La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.**

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE

LA NOTION DE DONATION

EN DROIT CIVIL FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le samedi 21 décembre 1912, à 1 heure 1/2

PAR

Jean RAY

Ancien élève de l'école normale supérieure
Agrégé de philosophie



Président : M. WAHL, professeur.

Suffragants : { MM. PLANIOL, professeur.
MEYNIAL, professeur.

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, rue Soufflot, PARIS-5^e

L. LAROSE et L. TENIN, Directeurs

1912



Digitized by the Internet Archive
in 2026

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.	7
BIBLIOGRAPHIE	13

PREMIÈRE PARTIE

Des formes juridiques de la donation

CHAPITRE PREMIER. — Les procédés juridiques de réalisation des donations	19
§ 1. — Comment, de fait concret, la donation est devenue acte juridique	19
§ 2. — La pratique des donations déguisées	25
§ 3. — La pratique des dons manuels	29
CHAPITRE II. — Commentaire des articles 711, 893, 894 du Code civil.	35
§ 1. — La donation comme mode de transfert de la propriété	36
§ 2. — La donation entre vifs et le testament; irrévocabilité de la donation.	45
§ 3. — La donation est-elle, par nature, un contrat?	51
CHAPITRE III. — Nécessité de la présence d'un élément solennel ou réel dans l'acte juridique par lequel se réalise une donation.	64

DEUXIÈME PARTIE

Des éléments constitutifs de la donation considérée comme fait

CHAPITRE PREMIER. — Élément psychologique : l'esprit de libéralité	74
§ 1. — L'intention libérale	74

§ 2. — La théorie de la cause dans les libéralités.	88
CHAPITRE II. — Élément matériel : la gratuité de l'acte.	103
Section I. — Absence d'obligation préexistante.	105
§ 1. — La donation rémunératoire	106
§ 2. — Donation et obligation naturelle	109
§ 3. — Les présents d'usage	115
§ 4. — Souvent la donation n'est pas une libéralité pure, mais l'accomplissement d'un devoir	120
Section II. — Absence de contre-valeur	125
§ 1. — Le don mutuel	125
§ 2. — Les donations avec charges stipulées dans l'intérêt du donateur	130
§ 3. — Les donations avec charges stipulées dans l'intérêt d'un tiers	138
§ 4. — Avantages matrimoniaux ; constitutions de dot	141
§ 5. — Les fondations	148
§ 6. — Les assurances sur la vie	152
§ 7. — Conclusion	157

TROISIÈME PARTIE

De la nature de la donation, jugée par rapport à quelques idées fondamentales de notre droit

CHAPITRE UNIQUE.	161
§ 1. — L'idée de libre disposition des biens	162
§ 2. — La protection du patrimoine familial	170
§ 3. — La maxime : <i>Certat de lucro captando</i>	187
§ 4. — La donation « acte défavorable » ; les donations « favorables »	193
CONCLUSION	201

DE

LA NOTION DE DONATION

EN DROIT CIVIL FRANÇAIS

INTRODUCTION

Au moment de la rédaction du Code civil, lorsque le projet de loi relatif aux donations et aux testaments fut examiné par le Conseil d'Etat, on discuta (1) longuement la question de savoir si les Codes devaient contenir des définitions : Portalis soutenait qu'elles sont les dispositions fondamentales de la loi ; Bérenger pensait qu'il faut laisser à la jurisprudence le soin de les élaborer, car elles sont très difficiles à formuler, et si elles sont vicieuses elles conduiront à de fausses conséquences. Tronchet expliqua qu'en définissant la donation et le testament (art. 894, 895), on avait voulu simplement opposer l'irrévocabilité de l'une à la révocabilité de l'autre.

De fait, on ne saurait considérer l'article 894 comme contenant une définition de la donation : cet article

1. Fenet. *Travaux préparatoires*, t. XII, p. 261 sqq.

doit être rapproché en effet des articles 931-932 ; le plan même du titre du Code civil, dans lequel se trouvent ces deux articles le montre clairement : le législateur indique d'abord les règles communes aux actes gratuits qui sont de deux sortes : donations entre vifs et testaments ; c'est l'objet des articles 893 et suivants ; puis il examine les règles spéciales aux donations entre vifs (art. 931 et suivants) et aux testaments (art. 967 et suivants). En écrivant l'article 894, il songeait donc, à n'en pas douter, à l'acte solennel dont les formes sont déterminées par les articles 931-932.

Or notre droit admet, — c'est un fait contre lequel aucune dissertation ne saurait prévaloir —, une multitude de donations qui se réalisent sous d'autres formes. Le Code civil lui-même implique l'existence de tel ou tel de ces modes de disposition : l'article 1121 relatif aux stipulations pour autrui, s'applique non seulement lorsqu'elles sont comprises dans un acte de donation, mais aussi lorsqu'elles sont comprises dans un acte onéreux ; dans bien des cas cette stipulation constituera une donation. Plus nettement encore l'article 1973, prévoyant la stipulation de rente viagère au profit d'un tiers, par exemple à titre de prix dans une vente, la dispense des formes requises pour les donations. D'autre part les articles 911 et 1099 parlent des donations déguisées, pour les annuler lorsqu'elles sont faites à des incapables. — Sous forme de donations indirectes, de donations déguisées, de dons manuels, notre droit admet une multitude de libéralités, qui sont bien distinctes de la donation entre

vifs, contrat solennel, et nous obligent par suite à étendre la notion légale, si nous voulons qu'elle s'applique à toutes les sortes de donations.

Même si l'on veut admettre que l'article 894 contient vraiment la définition de la donation, encore sera-t-il nécessaire d'en préciser le sens.

Il est extrêmement important, au point de vue pratique, d'élucider cette notion de « donation ». Très souvent en effet les juges ont à se demander si tel acte constitue vraiment une donation. — Il s'agit par exemple de savoir si un fait de possession révèle un véritable droit de propriété, s'il dérive d'une donation, ou au contraire d'un vol ou d'un détournement. — Souvent il faudra distinguer la donation d'un acte onéreux pour savoir si les règles de la réserve et du rapport ont à intervenir ; — pour savoir à quelles conditions l'action Paulienne réussira ; — pour savoir si c'est l'article 446 ou l'article 447 du Code de commerce qui devra être appliqué. — On pourra se demander si l'on peut invoquer les règles de révocation spéciales aux donations ; — ou encore les incapacités qui leur sont propres. — Il pourra être question aussi de déterminer, au point de vue fiscal, le tarif qui devra être appliqué. — Des difficultés naîtront encore lorsqu'il s'agira d'annuler un acte en vertu de l'article 901, ou de l'article 1422. — On sait enfin à quelles âpres discussions a donné lieu l'article 900.

Il y a ainsi dans notre droit une multitude de dispositions qui concernent les donations : pour savoir dans quels cas il y a lieu de les appliquer, on est

obligé de posséder une certaine notion, une certaine définition de la donation.

Pour essayer de savoir ce que c'est qu'une donation, nous devons d'abord voir dans quelle catégorie d'actes juridiques on peut classer cette opération : est-ce un mode d'aliénation ? est-ce un contrat ? sous quelles formes juridiques la rencontrerons-nous ? la loi a-t-elle à son égard des exigences caractéristiques ?

Puis, comme notre droit cherche à atteindre derrière la forme des actes les opérations réellement effectuées, il faudra chercher à définir la donation comme un fait concret : ce sera la partie essentielle de notre tâche. Car c'est là que nous examinerons la définition proprement dite de la donation.

Nous devons pourtant compléter cette enquête ; car une notion juridique de quelque importance n'est pas complètement épuisée par une formule, si heureuse et si précise soit-elle. On n'en comprend véritablement le sens, et l'on n'en peut déterminer l'application que si on la rattache à certains principes, à certaines idées, à certains sentiments qui ont présidé à son élaboration : c'est en vue de telle ou telle fin qu'elle a été constituée ; il ne faut pas que ces fins restent dans l'ombre.

C'est évidemment à la jurisprudence que nous devons demander de nous guider ; et ce sont ses formules que nous étudierons. Mais pour les expliquer et les préciser, il sera indispensable de faire appel à l'histoire. Il y a dans le droit une continuité que l'on ne saurait méconnaître, et qui est particuliè-

rement frappante dans la matière des donations. Nous avons précisément, pour cette question, un guide excellent, Ricard, qui publia son *Traité des donations* dans la première partie du xvii^e siècle, et qui prépara sur bien des points l'ordonnance de 1731 ; les traités de Pothier nous renseignent sur l'état du droit à la fin du xviii^e siècle. Ce sont surtout ces deux auteurs, complets et classiques, que nous avons suivis.

Mais nous pouvons demander à l'histoire autre chose que des éclaircissements sur l'origine et l'élaboration de nos conceptions juridiques. Les contrastes sont aussi intéressants à considérer que les analogies, et les régimes très différents du nôtre sont aussi instructifs que les époques qui ont préparé et précédé immédiatement le droit contemporain. Nous nous sommes servi de l'histoire comme d'un instrument d'analyse : ainsi, en comparant la donation du droit français contemporain avec la donation de l'ancien droit romain et du très ancien droit français, nous avons essayé de mettre en relief certains de ses caractères distinctifs, et de faire comprendre certaines pratiques que l'on considère souvent, à tort selon nous, comme des anomalies : la donation déguisée et le don manuel.

Ainsi comprise, il nous semble que la question posée ne présente pas seulement un intérêt pratique : en essayant de déterminer le contenu réel d'une notion juridique, nous voudrions saisir, sous un certain aspect, la technique du droit ; et nous avouons que cet intérêt théorique est celui qui a le plus vivement sollicité notre attention.

BIBLIOGRAPHIE

I. Droit français moderne

1. FENET. — Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, 15 vol. 8°, Paris, 1827-1828.
2. Recueil des lois composant le Code civil, décrétées en l'an XI, et promulguées par le premier Consul, avec les Discours, Rapports et Opinions prononcés dans le cours de la discussion, 9 vol. 8°, Paris, chez Rondonneau, an XI, [cité sous le nom : « Recueil général »].
3. DALLOZ. — Recueil périodique. Notes : Beudant sous Cass., 25 janv. 1893. D. 1894.1.257 ; Boistel sous Req., 13 avril 1899. D. 1901.1.233 ; Colin sous Douai, 8 juill. 1897. D. 1899.2.73 ; Planiol sous Aix, 3 févr. 1902. D. 1904.2.289 ; Sarrut sous Rennes, 4 juin 1894. D. 1897.1.149 ; Anonyme sous Req. 15 novembre 1881. D. 1882.1.67.
4. SIREY. — Recueil général. Notes : Balleydier sous Cass. 5 avril 1892. S. 1895.1.129 ; Bourcart sous Bourges, 28 déc. 1891. S. 1892.2.65 ; Labbé sous Cass., 22 févr. 1893. S. 1894.1.65 ; Lyon-Caen sous Cass., 4 août 1908. S. 1909.1.3 ; Tissier sous Paris, 25 mars 1891. S. 1892.2.129 ; Wahl sous Cass., 29 nov. 1894. S. 1894.1.465 ; Wahl sous Cass. 28 oct. 1895. S. 1897.1.289 ; Wahl sous Paris, 23 juin 1898. S. 1900.2.1 ; Anonyme sous Agen, 11 févr. 1896. S. 1899.2.73.
5. AUBRY ET RAU. — Cours de droit civil français, 4^e édition, 8 vol. 8°, Paris 1869-1878, (spécialement t. IV et VII.)

6. BAUDRY-LACANTINERIE ET COLIN. — Traité des donations entre vifs et des testaments, 2 vol. 8°, Paris, 1899.
7. DEMOLOMBE. — Cours de Code Napoléon. — Traité des Donations entre vifs et des testaments, (spécialement t. III), 8°, 1863.
8. DEMANTE ET COLMET DE SANTERRE. — Cours analytique de Code civil, 9 vol. 8°, 2^e édit., 1881-1895, (spécialement tome IV.)
9. DURANTON. — Cours de droit français suivant le Code civil, 22 vol., Paris, 1844.
10. HUG. — Commentaire du Code civil, 14 vol. 8°, 1892-1902, Paris, (spécialement t. VI.)
11. LAROMBIÈRE. — Théorie et pratique des obligations, nouv. édition, 7 vol., 1885.
12. LAURENT. — Principes de droit civil français (spécialement t. XII), 8°, 1874, Paris et Bruxelles.
13. LYON-CAEN ET RENAULT. — Traité de droit commercial, 2^e édit. (spécialement t. VII).
14. PLANIOL. — Traité élémentaire de droit civil, 4^e édition, 3 vol. 8°, Paris.
15. AUBENQUE. — Des donations entre vifs comparées avec les contrats à titre onéreux, thèse Montpellier, 1903.
16. BARTIN (E). — Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux mœurs, 1 vol. 8°, Paris, A. Rousseau, 1887.
17. BRESSOLLES (P.). — Théorie et pratique des dons manuels, 1 vol. 8°, Paris, A. Rousseau, 1885.
18. BUFNOIR. — Propriété et contrat, 1 vol., in-8°, Paris, 1900.
19. COLIN (M.). — Etude de jurisprudence et de législation sur les dons manuels, 1 vol. 8°, Paris, Marescq, 1885.
20. DORVILLE. — De l'intérêt moral dans les obligations, thèse, Paris, 1901
21. GUILLAUMIN. — Des donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux, thèse, Rennes, 1898.

22. LAMBERT — La stipulation pour autrui, thèse, Paris 1893.
23. MEYNIAL. — Du rôle de la logique dans la formation scientifique du droit, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1908.
24. SCHMITZ. — Des donations sans forme, thèse, Paris, 1897.
25. TARBOURIECH. — De la cause dans les libéralités, broch. 8°, Paris, Giard et Brière, 1894.
26. VERNET. — Des donations déguisées, des donations faites par personnes interposées et des avantages indirects, dans *Revue pratique de droit français*, 1863.
27. WORMS (R.). — De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations, Thèse, Paris, 1891.

II. Ancien droit français.

28. DOMAT. — Les lois civiles dans leur ordre naturel, 2 vol. f°, Paris, 1777.
29. RICARD (J.-M.). — Traité des donations entre vifs et testamentaires, contenant les traités du don mutuel, des dispositions conditionnelles et onéreuses, des substitutions directes et fidéicommissaires, de la représentation et du rapport, avec notes et additions relatives aux nouvelles ordonnances par Bergier, 2 vol. 4°, Riom, 1783.
30. DAGUESSEAU. — Œuvres, Edition des libraires associés, 13 vol. 4°, Paris, 1759-1789.
31. Explication des ordonnances de Louis XV, 2 vol. in-4, Toulouse, 1762.
32. POTHIER. — Traité des donations entre vifs, tome VI des Œuvres posthumes, 1 vol. in-12, Orléans et Paris, 1778.
33. POTHIER. — Traité des donations entre mari et femme et du don mutuel, 1 vol. in-12, Orléans et Paris, 1776

34. POTHIER. — Traité des successions, tome IV des Œuvres posthumes, 1 vol. in-12, Orléans et Paris, 1777.
35. FURGOLE. — Observations sur l'ordonnance concernant les donations, nouv. éd., 2 vol., 1761.
36. DUVERGIER. — Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat, à partir de 1788, 14 vol. 8° (pour la Révolution), Paris, 1824-1825.
37. GLASSON. — Histoire du droit et des institutions de la France, 8 vol. 8°, 1887-1903.
38. VIOLLET. — Précis de l'histoire du droit français, 1 vol. 8°, Paris, 2° éd. 1893.
39. AUFFROY. — L'évolution du testament en France des origines au XIII^e siècle, 8°, Paris, 1899.
40. CUENOT. — Des droits de légitime et de réserve dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil, thèse Paris, 1877.
41. ESMEIN. — Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français, Paris, 1883.
42. LEFÈVRE. — Cours d'histoire du droit français, professé à la Faculté de Droit de Paris, en 1909-1910.
43. REVERDY. — Les donations dans la législation de Justinien et dans les pays de droit écrit, thèse.

III. Droit romain

44. Textes de droit romain, publ. par M. P. F. Girard, 3^e édit., 1 vol. 8°, Paris, 1903.
45. CUG. — Les institutions juridiques des Romains, 8°, vol. I, 2^e édit. 1904 ; vol. II, 1902 ; Paris.
46. GIRARD. — Manuel élémentaire de droit romain, 4^e édition, 1 vol. 8°, Paris, Arthur Rousseau, 1906.
47. SENN. — *Leges perfectæ, imperfectæ, minus quam perfectæ*, thèse, Paris, 1902.

IV. Droit comparé

48. Année sociologique, publiée sous la direction de M. E. Durkheim, 11 vol. 8°, Paris, Alcan.
49. BEAUCHET. — Histoire de la propriété foncière en Suède, 1 vol. 8°, Paris, Larose, 1904.
50. BURCKHARD. — Zum Begriff der Schenkung, 8° Erlangen, Palm, 1899.
51. ESMEIN. — Un chapitre de l'histoire des contrats en droit anglais, dans Nouvelle revue historique de droit français et étranger, 1893.
52. KLOEPPEN. — Das negotium mixtum cum donatione 1 vol. 8°, Berlin, 1901.
53. LEHR. — Eléments de droit civil espagnol, 2 vol. 8°; 1^{er} vol. : 1880 ; 2^e vol. : 1890, Paris.
54. SALEILLES. — Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand, 2^e éd., Paris, 1901.

PREMIÈRE PARTIE

LES FORMES JURIDIQUES DE LA DONATION

CHAPITRE PREMIER

Les procédés juridiques de réalisation des donations

§ 1. — COMMENT, DE FAIT CONCRET,
LA DONATION EST DEVENUE ACTE JURIDIQUE.

On a remarqué(1), avec juste raison, que le terme de donation désigne à la fois, à l'époque actuelle, un fait concret et un type d'acte juridique. Donner, — s'il est permis d'accepter provisoirement une définition grossière, — c'est se dépouiller d'une chose en faveur de quelqu'un sans rien recevoir en échange. Mais c'est aussi employer, à titre de donateur, les formes de la donation entre vifs, telle que l'organisent les articles 931 sqq. du Code civil.

Pour saisir l'intérêt théorique et la portée pratique de cette distinction, il faut voir dans le régime actuel

1. Planiol. Traité, III, § 2501.

le terme d'une longue évolution, dans laquelle on peut distinguer trois étapes.

1° Dans les sociétés primitives, si l'on veut réaliser d'une façon juridiquement valable une opération économique, il faut employer certaines formes déterminées. Peu importera l'intention ; peu importera le résultat d'ensemble : toute règle de droit exactement suivie produira automatiquement son effet. Si par exemple on se trouve dans un régime juridique qui impose pour toute aliénation l'emploi de certaines formes, il faudra pour réaliser une vente aliéner la chose et aliéner le prix ; et les deux opérations seront, dans le principe, indépendantes (1). On désigne communément ce régime juridique sous le nom de formalisme. Même si l'on ne vit pas sous un régime strictement formaliste, tant qu'un acte n'aura pas reçu de la coutume ou du législateur ses formes propres de réalisation, il sera obligé d'emprunter une forme étrangère.

Or la donation n'est pas une forme très usuelle d'activité économique, au moins en général ; elle restera donc longtemps soumise au régime que nous venons de décrire. La vente, par exemple, s'indivi-

1. On concevra aisément la chose, si l'on songe par exemple à ce que fut primitivement à Rome l'*emptio venditio*, se réalisant par deux contrats verbaux distincts, qui produisaient chacun indépendamment ses effets. (V. Girard, Manuel, p. 535, n. 1). Ici à la vérité, il s'agit d'une double production d'obligations et non d'un double transfert de propriété. Mais ce qui nous intéresse dans l'exemple, c'est qu'on y voit très clairement une opération qui a son unité dans la vie réelle s'analyser, en vue de sa réalisation juridique, en deux actes indépendants.

dualisera plus tôt ; et dès lors on sera naturellement amené à réaliser des donations sous les formes de la vente. C'est ce qui se passait par exemple à Rome lorsque, pour donner, on mancipait « nummo uno » (1).

Les historiens du droit français (2) ont remarqué qu'à l'époque franque par exemple, on empruntait pour réaliser une donation, soit les solennités du transfert de propriété, soit les formes ordinaires des contrats. Dans certains cas, on pourra constater une symétrie vraiment frappante entre les actes de vente par exemple et les actes de donation (3). On peut dire qu'à

1. V. des exemples concrets de « mancipation à titre gratuit » dans Girard, *Textes*, p. 788 sqq. — Cf. sur toute cette question Baratin, *Théorie des conditions impossibles*, p. 293.

2. V. par ex. Glasson. *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. III, p. 182 sqq. — Cf. Esmein. *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 31.

3. On connaît l'usage, dans notre très ancien droit, de menaces formulées par l'auteur de l'acte contre qui en voudrait méconnaître la validité (clauses comminatoires). Voici comment se terminent deux actes de la même région et de la même époque (*Documents inédits de la bibliothèque royale*, Paris, Didot, 1847, t. III, p. 401 ; et p. 403) : le premier est une donation (de 784) ; le second est une vente (de 790). — a) « Si qui vero, si fuerit post hunc diem, aut ego ipse, aut ullus de meis haeredibus, ant ulla amissa persona, qui contra hanc donationem ipsa ulla calumnia inquietare praesumpserit, solidos XXI componat, et quod petit non vindicet, sed donatio ista omnique tempore firma permaneat. » — b) « Si quis vero, si fuerit post hunc diem, aut nos ipsi, aut ullus ex haeredibus nostris, vel ulla emissa persona, qui contra venditionem istam ulla calumnia inquietare praesumpserit, solidos XV componat, et quod petit minime vindicare valeat. » — On voit que, pour assurer la validité de l'acte, qu'il s'agisse d'une donation ou d'une vente, on emploie exactement le même procédé, exactement la même formule.

cette époque la donation n'est pas individualisée : au point de vue du droit, elle n'est rien.

2° Tout en continuant à admettre que la donation se réalise par des procédés juridiques qui ne lui sont pas spéciaux, on peut essayer de l'atteindre, à travers ces procédés, pour la soumettre par exemple à certaines restrictions. On pourra bien dire, dès lors, que la donation a une certaine existence juridique ; car la loi, ou à son défaut, la jurisprudence seront obligées de constituer une notion, une définition de la donation.

Le droit romain nous offre, avec la *lex Cincia* un exemple de cette situation. Avant ce plébiscite, il ne semble pas que les donations (*dona et munera*) aient été considérées par le droit (1). Peut-être furent-elles d'abord à Rome d'un usage assez rare (2) ; lorsque les Romains voulaient en réaliser, ils avaient à leur disposition les mêmes procédés que l'on employait pour les actes onéreux. Il arriva cependant un temps où les donations devinrent assez nombreuses et assez importantes pour paraître un danger ; on songea dès lors à leur imposer des limites ; et ce fut l'objet de la *lex Cincia*. Nous n'avons pas à exposer le mécanisme de cette loi célèbre. Peu importe pour

1. V. en ce sens Girard, *Manuel*, p. 934. Peut-être y a-t-il lieu de mentionner une *lex Publicia*, de date incertaine, qui interdit de donner aux riches autre chose que des flambeaux de cire.

2. V. en ce sens Cuq, *Institutions*, t. I (liv. III, chap. VIII, p. 556 sq). M. Cuq cite en particulier Polybe, XXXII, 12.

notre objet la façon dont elle était sanctionnée (1). Ce qui nous paraît notable, c'est qu'elle interdisait, dans certains cas, la donation à une époque où cet acte n'avait pas de forme propre de réalisation juridique ; ce qu'il fallait atteindre, et par conséquent définir, c'était un fait concret, une réalité économique ; et c'est là, nous le verrons, une tâche singulièrement ardue.

Tel est aussi le régime sous lequel nous vivions, avant l'ordonnance de 1731. « Nous ne connaissons ni ordonnance, ni coutume, disaient ses commentateurs, qui prescrive aucune formalité particulière pour les donations entre vifs (2). » Et pourtant les donations étaient déjà soumises, on le sait, à des restrictions fort importantes, par exemple en ce qui concerne la capacité (3).

3° Dans le régime que nous venons de décrire, la donation n'est pas encore, à vrai dire, un acte juridique (4). En droit romain, elle n'acquies son individualité juridique qu'au moment où la convention de donner fut érigée en pacte légitime (5). En France,

1. V. Senn, *Leges perfectæ, imperfectæ, minus quam perfectæ*, thèse, Paris, 1902.

2. Explication des Ordonnances de Louis XV. Toulouse, 1762, t. I, p. 9. L'insinuation était une formalité en quelque sorte complémentaire, extrinsèque, et dont le défaut n'était opposable que par les tiers. (Pothier, *Traité des Donations entre vifs*, sect. II à IV, fait nettement la distinction.)

3. Ricard, *Traité des donations*, 1^{re} partie, chap. III, sect. V et sqq.

4. Bartin, *Théorie des conditions impossibles*, p. 294.

5. Sur la date, V. Girard, *l. c.*, p. 606, n° 6.

depuis l'Ordonnance de d'Aguesseau, la donation a ses formes propres de réalisation : la donation n'est plus seulement un fait concret soumis à une certaine réglementation ; c'est aussi un type d'acte juridique, défini dans sa forme.

Abstraitement il peut sembler que les trois situations que nous venons de décrire sont incompatibles et que, la troisième s'étant réalisée chez nous, les deux autres ont dû disparaître : dans un régime où la donation ne pourrait vraiment se réaliser que sous des formes spéciales qui révéleraient sa nature, la législation restrictive, les règles de fond s'appliqueraient aisément. Telle fut bien sans doute l'idée du législateur de 1731 (1). Mais en fait, la première situation que nous avons décrite a survécu, comme nous allons le voir, et par suite la seconde : toutes les donations ne se faisant pas sous la forme légale, il faut les reconnaître, aujourd'hui encore, sous des apparences diverses ; pour appliquer à un acte les règles de fond des donations, il faut savoir qu'en fait il y a eu donation. Si nous avons analysé des régimes différents du régime officiel contemporain, c'est précisément parce que les survivances de ces régimes expliquent seules, à notre sens, l'attitude

1. Cf. *Explication des Ordonnances de Louis XV*, t. I, p. 55. A propos de l'a. 1 de l'Ord. de 1731, qui impose la formalité de l'acte notarié, le commentateur explique que la véritable raison de cette disposition est dans les restrictions que reçoit la liberté de disposer entre vifs, en faveur des héritiers du sang : il faut un acte public pour préserver leurs droits.

complexe et paradoxale du droit français dans la matière des donations.

§ 2. — LA PRATIQUE DES DONATIONS DÉGUISÉES

On sait qu'actuellement beaucoup de donations se réalisent en dehors des formes instituées par les articles 931 et suivants du Code civil : tels sont les dons manuels, les donations indirectes, les donations déguisées. La validité de ces opérations est aujourd'hui acceptée sans discussion en jurisprudence ; mais une grande partie de la doctrine proteste énergiquement en particulier contre l'indulgence dont bénéficient les donations déguisées (1).

Il semble que l'on ait méconnu dans cette discussion un fait essentiel : la donation déguisée ne constitue pas une sorte de procédé bâtarde gauchement inventé par la pratique pour tourner la loi ; elle se rattache à un mode très ancien d'activité juridique. Elle constitue la survivance des régimes formalistes dans lesquels la donation, n'ayant pas de formes propres de réalisation, était obligée d'emprunter les formes destinées normalement à l'accomplissement d'une autre sorte d'actes.

Invinciblement les « donations déguisées sous forme de vente » de la pratique moderne nous font songer

1. V. spécialement : Laurent, *Principes*, t. XII, §§ 305 sqq. — Baudry-Lacantinerie et Colin, *Traité des donations*, n° 1240. — Huc, *Commentaire*, t. VI, n° 191.

aux *mancipationes nummo uno* de la pratique romaine. Sans doute il y a entre les deux sortes d'actes de profondes différences. Le donateur romain n'a rien à dissimuler ; il indique lui-même que l'acte est fait *donationis causa* (1). Au contraire le donateur moderne doit « déguiser » sa donation ; s'il ne le fait pas, s'il laisse trop aisément deviner ses intentions, par exemple s'il spécifie un prix ridicule, *nummum unum*, son acte ne sera pas valable (2). C'est qu'à Rome le procédé était normal ; en France, il constitue une anomalie.

Il n'en est pas moins vrai que les procédés qui servent aujourd'hui à déguiser les donations ont servi antérieurement à les réaliser d'une façon normale. Ce que nous disons de la vente, nous pouvons l'étendre à d'autres procédés, et par exemple à la reconnaissance de dette, fréquemment employée. Là encore, il doit y avoir déguisement : l'acte ne doit pas contenir l'aveu de la libéralité (3).

En réalité notre droit ne s'est pas dégagé aussi complètement qu'on pourrait le croire du formalisme. Dès qu'une activité quelconque est arrivée à se mouler dans une forme juridique admise, elle lui emprunte sa force. On pourra bien chercher derrière les formes

1. V. par ex. (Girard, *Textes*, p. 788), la donation de T. Flavius Artemidorus, et celle de Julia Monime.

2. V. par ex. D. 1893.1.359. — S. 1885.2.6. « Le contrat, loin de déguiser la libéralité, la met au contraire en relief », dit la cour de Bourges dans cet arrêt.

3. V. D. 70.1.327. — D. 1901.1.68.

de l'acte les réalités et les intentions, mais on sera très porté à respecter l'acte, tout simplement parce qu'il est conforme à un type juridique préconstitué.

En effet, *toute forme juridique, consacrée par la loi ou par l'usage, a une force qui lui est propre ; en principe, et quelle que soit la réalité qu'elle recouvre, elle devra produire effet* : voilà pourquoi, selon nous, la donation déguisée a été si constamment admise. Avant l'ordonnance de 1731, cela ne faisait guère difficulté ; nous avons sur la question un témoignage formel de Ricard (1) ; et l'on sait que c'est pour éviter les donations déguisées entre époux qu'on leur fermait presque toute activité juridique. Après l'ordonnance, Furgole (2) nous dit que les donations « tacites » sont considérées comme valables ; Pothier examine (3) sous quelles conditions une remise de dette peut être considérée comme une libéralité. Et, sous le régime

1. Ricard, *Traité des Donations*, 1^{re} partie, chap. III, sec. 16, § 757 : « Nous ne nous arrêtons pas, pour juger de la nature d'un contrat, à la dénomination que les parties qui l'ont passé lui ont donnée, mais à leur intention et à la substance de l'acte : car, quoiqu'ils aient par exemple déguisé du nom de vente une donation, elle passe parmi nous pour un titre gratuit et une véritable donation. » Ricard cite un arrêt de la grand'Chambre, 10 février 1654, relatif à l'application de l'édit des secondes nocces.

2. Furgole. *Commentaire sur l'Ord. de 1731*, t. I, p. 14.

3. Pothier. *Donations entre vifs*, sect. III, art. 3, § 3. L'annotateur de Ricard, p. 196, cite des arrêts du 18 mai 1743, (2^e des Enquêtes ; dans Lacombe, *Avantages indirects*, e, 4), 8 mars 1756, (4^e des Enq. ; Denizart, *Vente*, 3).

du Code civil (1), on constate à peine, à l'origine, quelque hésitation.

Ce qu'il y a de paradoxal en apparence, c'est que les tribunaux exigent que l'acte soit suffisamment déguisé ; (il faut que l'acte ait l'air d'être une vente, par exemple : il faut qu'il y ait un prix apparent) ; et en même temps ils s'appliquent à pénétrer sa véritable nature. Nous nous expliquons parfaitement l'indignation de Laurent (2) : pour que l'acte soit valable, il faut que le mensonge soit bien fait. Nous reconnaissons volontiers que l'article 931 est fréquemment éludé ; et il nous semble difficile de contester que la loi condamne la pratique des donations déguisées (3).

1. Planiol, *Traité* III, p. 584, n° 1. Un arrêt de la Ch. des Req., du 11 frimaire an X (2 déc. 1801) annula une donation déguisée. Mais la Ch. civile, dès 1803, admit la validité. La Ch. des Req. persista quelque temps dans sa jurisprudence ; le dernier arrêt dissident qu'elle ait rendu, est du 24 nov. 1808. — La question est considérée, en pratique, comme absolument tranchée.

2. Laurent. *Principes*, t. XII, § 306. (Commentaire des arrêts rapportés dans D. 1862.1.188 ; 1870.1.327.)

3. La validité des donations déguisées étant absolument consacrée par l'usage, il nous semble qu'il faut l'expliquer plutôt que la discuter. — Contre l'argument tiré de l'article 931, on a fait valoir les dispositions des articles 911 et 1099, qui annulent des dispositions faites à des incapables ; mais cet argument *a contrario* paraît faible contre la disposition absolument générale de l'article 931. On a invoqué aussi certaines considérations pratiques, telles que l'intérêt des tiers, sous-acquéreurs tenant leurs droits du donataire ; cet argument, valable pour le législateur, est faible lorsqu'il s'agit d'interprétation. On a dit enfin que l'article 931 ne s'applique qu'aux « actes portant donation entre vifs », et non pas aux donations qui peuvent être réalisées sous une autre forme ; c'est là manifestement s'attacher à un détail de rédaction, pour justifier

Mais l'attitude de la jurisprudence ne nous en paraît pas moins la conséquence pour ainsi dire fatale de principes généraux qui dominent, sans être toujours formulés, tout notre droit. Si la donation déguisée est traitée, au fond, comme une donation, c'est parce que le droit a cessé d'être purement formaliste : Plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur. Mais si on considère une telle donation comme valable, c'est parce que le droit est, en un certain sens, resté formaliste : un acte conforme à certains types juridiques apparaît, par cela seul, comme respectable ; il faudra, pour le méconnaître, des raisons singulièrement fortes ; si l'on ne tenait pas compte de ce principe d'explication, on ne comprendrait pas que les tribunaux aient admis la validité des donations déguisées, sans se laisser arrêter par la crainte de prendre l'attitude extraordinaire que nous avons décrite.

§ 3. — LA PRATIQUE DES DONS MANUELS

C'est encore à l'histoire, croyons-nous, qu'il faut demander l'explication de la pratique, aujourd'hui si

une solution que l'on tient à admettre. — Il nous semble que le législateur de 1804, comme le législateur de 1731, a eu l'intention de soumettre la donation à des formes solennelles. Et si, dans d'autres parties de son œuvre, il a parlé des donations déguisées, sans penser qu'elles devaient être radicalement nulles, c'est parce qu'une tradition immémoriale laissait dans son esprit l'image vivante d'un procédé pratique et particulièrement dangereux. On ne peut plus guère soutenir aujourd'hui que les dispositions du Code forment un ensemble parfaitement cohérent.

importante, des dons manuels : il faut les rattacher à un régime qui a précédé le Code civil et lui a survécu.

Il peut sembler tout d'abord que ce qui caractérise le don manuel pendant des siècles, c'est son inévitable modicité. De *minimis non curat praetor* : si le don manuel était inévitablement modique, on comprendrait qu'il ait échappé aux rigueurs de la loi. Il en était bien ainsi, nous dit-on, dans l'ancien droit : l'adage « *Vilis mobilium possessio* » exprime la réalité ; c'est pour cela que « les meubles n'avaient pas de suite (1) » ; le don manuel se confondrait avec le simple cadeau, le simple présent d'usage. « Ce cas n'a besoin d'aucune loi », disait Daguesseau (2). Et dans une lettre souvent citée (3), le chancelier expliquait formellement que le don manuel n'était pas soumis à l'article I^{er} de l'Ordonnance. Nous ne songeons pas à méconnaître la valeur réelle de cette argumentation. Mais le don manuel était valable, sous l'ancien droit comme aujourd'hui, quel qu'en soit le montant (4). Il est très vrai que le développement de la fortune mobilière a singulièrement accru l'importance de ce mode de disposition (5). Pourtant, sous l'ancien

1. On sait que cette formule eut une portée générale, avant de se réduire à la forme actuelle : « Meubles n'ont pas de suite par hypothèque. »

2. Cité par Bressolles. *Théorie et pratique des dons manuels*, p. 90.

3. Ed. des libraires associés, t. IX, p. 379 (l. 294).

4. Bressolles, *Théorie et pratique des dons manuels*, p. 92.

5. Colin. *Etude de jurisprudence et de législation sur les dons manuels* ; v. spécialement 3^e partie, chap. I (étude des législations étrangères).

droit déjà on pouvait disposer, par don manuel, de sommes considérables ; et par exemple, dans un passage du *Malade imaginaire*, alors qu'il s'agit de transmettre à Béline toute une fortune, un homme d'affaires propose à Argan de se servir du don manuel (1). Et il importe de noter que la donation modique n'est dispensée de formes que lorsqu'il s'agit de meubles. M. Bressolles a remarqué (2) que les restrictions apportées à la règle que les meubles n'ont pas de suite ont nui à la solidité des dons manuels.

Le don manuel n'est valable en effet que parce qu'en matière mobilière, la tradition est un mode de transfert de propriété très efficace ; le fait pur et simple se confond ici avec le procédé juridique. C'est cette idée qui explique l'application faite par la jurisprudence aux dons manuels de l'article 2279 : « En fait de meubles, la possession vaut titre. »

Il importe de voir d'une façon précise le sens très énergique qu'on lui donne en notre matière. Lorsqu'il s'agit de dons manuels, la tradition n'est pas la simple exécution du concours des volontés ; ce dernier serait inopérant par lui-même ; c'est la tradition qui lui donne vie et force, qui constitue l'élément essentiel, constitutif de l'opération. Dans une note du Dalloz (3), M. Planiol a parfaitement élucidé

1. « Vous pouvez aussi, dit-il, pendant que vous êtes en vie, mettre entre ses mains de l'argent comptant, ou des billets que vous pourrez avoir payables au porteur. » (*Malade imaginaire*, acte I, scène IX).

2. V. le développement de l'idée : *l-c.*, chap, II, sect. I, fin.

3. Sous Aix, 3 févr. 1902. D. 1904. 2. 289.

l'application faite par les tribunaux de l'article 2279. Dans l'hypothèse véritable de l'article 2279, comme le montrent à la fois l'histoire et les dispositions connexes, le fait qui a amené la dépossession du véritable propriétaire, perte, vol..., est connu ; et le propriétaire qui revendique est en présence du tiers acquéreur. Au contraire, dans l'hypothèse du don manuel le fait originaire est inconnu ; on ne sait par exemple s'il s'agit d'un détournement ou d'une donation ; et celui qui revendique se trouve en présence du possesseur originaire, non pas d'un tiers. Ce que la jurisprudence applique en réalité, c'est la présomption générale de propriété du possesseur. Mais, et c'est là pour nous le point important, elle lui fait jouer un rôle particulièrement actif : « au lieu de s'en servir seulement pour paralyser la revendication du propriétaire, elle en fait sortir la preuve d'un contrat d'aliénation d'un genre particulier, d'une donation. » Cela n'est possible que parce que notre droit, dans ce cas tout au moins, admet que la propriété mobilière se transmet d'une façon valable par tradition ; l'idée a disparu du texte de la loi ; elle était exprimée avec une clarté parfaite dans les projets de Cambacérès (1).

1. Fenet. *Travaux préparatoires*, t. I. Voici le texte du second projet : (liv. II, tit. V) a. 88 : « La propriété s'acquiert par l'occupation, par l'accession, par la tradition... » a. 91 : « La tradition s'opère par l'acte qui a pour objet de transférer la propriété » a. 92 : « Elle s'opère encore par la délivrance réelle, lorsqu'il s'agit de marchandises ou d'objets mobiliers. » Le troisième projet porte : a. 534 : « La

Sans doute on a objecté avec raison (1) qu'il n'y avait pas là une raison suffisante pour soustraire le don manuel aux formes solennelles que la loi impose à toute donation. Mais nous reprendrons ici l'idée que nous exprimions à propos des donations déguisées. Tout se passe comme si la tradition était un mode de transfert de la propriété mobilière ; et la simple tradition, dans le don manuel, équivaut à l'emploi des formes d'un autre acte dans la donation déguisée. Dans les deux cas nous voyons la donation se réaliser, en dehors des formes légales, par une simple application des règles du droit commun : c'est ce qui se passerait nécessairement si la loi n'avait pas institué pour les donations des formes spéciales. Mais l'emploi de ces procédés présente, dans notre droit, une utilité nouvelle : celle de tourner la loi. Ils étaient d'abord des procédés normaux ; ils sont devenus des procédés de fraude ; mais dans leur essence, dans leur nature intrinsèque, ils n'ont pas changé ; et leur fonction dans les régimes juridiques antérieurs explique largement leur emploi actuel, s'il ne le justifie pas.

Voilà pourquoi, à l'heure actuelle, il est si important de distinguer la donation entre-vifs, contrat solennel dont les formes sont réglées par la loi, et la donation, fait économique concret, qui se réalise soit dans les

tradition des immeubles s'opère par l'acte qui en transfère la propriété. »
a, 536 : « Lorsqu'il s'agit de marchandises ou d'effets mobiliers, la tradition s'opère par la délivrance réelle. »

1. Colin, *op. cit.*, p. 75.

formes propres de la donation, soit de tout autre manière. Sans doute la distinction est simple, elle est évidente ; et pourtant la confusion entre les deux idées est la source de nombreuses difficultés ; car, même une fois prévenu, lorsqu'on veut définir le fait concret, il faut bien que l'on cherche un guide dans la loi, qui n'a songé le plus souvent qu'à l'acte solennel institué par elle.

CHAPITRE II

Commentaire des articles 711, 893, 894 du Code civil

La matière des donations est traitée au livre III du Code civil, qui est intitulé : « Des différentes manières dont on acquiert la propriété. » Le premier article de ce livre, l'article 711, est ainsi conçu : « La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations(1) » ; et, conformément, à cette subdivision, le titre I^{er} traite « des successions », le titre II « des donations entre vifs et des testaments », le titre III « des contrats ou des obligations conventionnelles en général. » Il y a, dans cet article 711, et dans le plan même du début du troisième livre, plusieurs points intéressants, que nous allons examiner successivement : 1^o la donation est considérée d'abord comme un mode de transfert de la propriété ; 2^o elle est rapprochée du testament ; 3^o elle est distinguée des obligations, et par là même des contrats.

1. Rappelons que l'article 712 complète l'article 711 dans les termes suivants : « La propriété s'acquiert aussi par accession ou incorporation, et par prescription. »

§ 1. — LA DONATION MODE DE TRANSFERT
DE LA PROPRIÉTÉ

La donation est un mode de transmission de la propriété. Cette affirmation est importante à plusieurs égards.

Tout d'abord il faut voir là une application du principe général écrit dans l'article 1138. La plupart des régimes juridiques distinguent les modes générateurs d'obligations et les actes d'aliénation ; telle était la tradition romaine ; telle était la tradition germanique (1) ; telle était aussi la tradition de notre ancien droit (2). En droit français moderne, les procédés de transmission de la propriété se confondent en quelque sorte avec l'acte juridique, et plus particulièrement avec la convention, mode générateur des obligations (3).

La règle s'applique aux donations, et elle présente ici un intérêt tout particulier. On sait que la plupart des législations, et par exemple notre ancien droit, se montrent fort exigeantes en matière de donations. La nécessité de la tradition, qui s'imposait d'abord pour tous contrats, survécut plus longtemps pour la donation (4) ; nous aurons à revenir bientôt sur ce

1. Saleilles. *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand* 2^e éd., p. 2-3.

2. Esmein. *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 32.

3. Bufnoir. *Propriété et contrat*, p. 4 sqq.

4. Glasson. *Histoire du droit*, t. VII, p. 525-526.

point. C'est pourquoi l'article 938 a soin de s'expliquer sur la suppression de la tradition : « la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition. »

On a souligné (1) l'expression *d'autre* tradition. Sous l'ancien droit en effet, on avait vu se substituer peu à peu à la tradition réelle, dessaisissement matériel, les diverses formes de tradition feinte, qui se réduisaient à de simples clauses d'acte (constitut possessoire, dessaisine-saisine, etc...) ; de sorte qu'au XVIII^e siècle, c'était bien déjà le contrat qui transférait la propriété. Le Code n'aurait pas eu l'intention de supprimer ces clauses, mais seulement de spécifier qu'elles suffisaient (2). Elles ont disparu de la pratique.

Ajoutons qu'il y a actuellement des législations dans lesquelles la promesse de donner ne crée qu'une obli-

1. Planiol. *Traité*, t. I, § 2595.

2. Certaines coutumes contenaient une formule analogue à celle du Code civil : « N'est requise autre appréhension de fait » (Meaux, a. 17. Cf. Orléans, a. 278). — Au moment de la seconde rédaction des coutumes, on constate la préoccupation d'établir l'équivalence entre la tradition réelle, et les traditions feintes ; par exemple, la coutume de Mantes et Meulan (réd. 1556) conserve la formule simple : « Donner et retenir ne vaut », (a. 150) ; mais le procès-verbal ajoute « pour plus grande intelligence : et n'est réputé donner et retenir celui qui retient à soi l'usufruit de l'héritage par lui donné, ains vaut telle donation, ou quand il y a autre clause translatrice de possession comme précaire, constitut ou autre. » — Jusqu'à la fin de l'ancien régime il y eut des coutumes dans lesquelles on exigea soit l'appréhension de fait, soit la solennité de l'ensaisissement ou de la vêtue (p. ex. « par tradition d'un petit bâton ou bûchette. » Ex. : Laon, a. 53, 126 ; Clermont-en-Beauvoisis, a. 127-128 ; Chaulmont-en-Bassigny, a. 76).

gation, et dans lesquelles il faut qu'il y ait tradition pour que la propriété soit transférée : tel est le cas en Espagne (1) et en Hollande (2). Ainsi, dans certaines de nos anciennes coutumes (3), le donataire pouvait agir par action personnelle contre le donateur vivant (mais non contre ses héritiers), pour obtenir délivrance.

La donation, étant une sorte particulière d'aliénation, se trouve soumise naturellement au droit commun en matière d'aliénations, sauf disposition spéciale de la loi. C'est ainsi que dans l'ancien droit, la donation était soumise, comme les autres actes d'aliénation, à la formalité de l'ensaisinement. C'est ainsi que sous le régime de la loi du 11 brumaire an VII qui organisa le régime hypothécaire, les donations d'immeubles étaient soumises à la transcription comme les autres « actes translatifs de biens ou droits susceptibles d'hypothèques » (art. 26). On sait que le Code civil organisa pour les donations une transcription spéciale, qui est une fusion de l'ancienne insinuation et de la transcription moderne. Actuellement la transcription des articles 939 et suivants plus sévère que la transcription imposée aux autres actes par la loi de 1855, constitue pour les donations un régime d'exception. Malgré cela, les deux formalités

1. Code espagnol, a. 609 et 1095 (rappr. 1462 et 1464, qui facilitent la tradition).

2. Code néerlandais, a. 639 et 1271.

3. Ex.: Châlons (en Vermandois), a. 64; Reims, a. 230. — A Lille, le donataire peut appréhender les choses données « par mise de fait », même après la mort du donateur (a. 47).

ne sont que des variétés d'une même institution qui concerne toutes les aliénations, tous les actes translatifs de propriété entre vifs.

Si le législateur avait usé d'une langue rigoureuse, la donation qui est une sorte d'aliénation devrait recevoir l'application de toutes les règles relatives aux aliénations, sauf dérogation spéciale de la loi. Cela arrive parfois : ainsi l'incapacité d'aliéner entraîne incapacité de donner, sans que les textes l'indiquent expressément : le faible d'esprit ne peut faire une donation sans l'assistance de son conseil, par application de l'article 499, qui lui défend d'« aliéner » sans cette assistance. Il en sera de même du prodigue, en vertu de l'article 513. Mais ce qui est vrai de l'incapacité ne l'est pas de la capacité : lorsque le législateur permet d'aliéner, on ne peut pas en conclure qu'il permet de donner ; « aliéner » signifie souvent pour lui « aliéner à titre onéreux ». L'article 1421 est probant à cet égard : il décide que le mari peut « vendre, aliéner, hypothéquer » les biens de la communauté ; et l'article 1422 règle, au contraire, son droit de « disposer entre vifs à titre gratuit ». Aussi, lorsque l'article 1449 décide que la femme séparée de biens peut « disposer son mobilier et l'aliéner », on admet qu'elle reste pourtant incapable de faire des donations mobilières : les articles 217 et 905 continuent à s'appliquer (1). De même lorsque la loi règle les conditions de validité des aliénations

1. V. par ex. Paris, 28 juin 1851, S.51.2.337.

de biens de mineurs (C. civ., a. 457 ; l. 27 févr. 1880, a. 1 et 2), c'est uniquement des aliénations onéreuses qu'il s'agit ; car pour le mineur il y a incapacité absolue de disposer entre vifs à titre gratuit ; la tradition est absolument formelle, et la question indiscutable (cf. art. 903, 904).

Ainsi, dans bien des cas, « aliéner » est synonyme d'« aliéner à titre onéreux » ; cela s'explique par le fait que l'aliénation onéreuse est la forme la plus normale d'aliénation : c'est donc à elle que le législateur songe spontanément. Dès lors, si l'aliénation est interdite, on considèrera qu'à fortiori la donation doit l'être ; si l'aliénation est permise, on n'en tirera aucune conclusion pour la donation. La rédaction de certains articles montre bien l'ambiguïté du vocabulaire du Code : « La femme, dit l'article 217, ne peut *ni donner ni aliéner*... » : on a remarqué (1) qu'il n'y avait pas lieu de mentionner spécialement la donation. Cette imprécision de vocabulaire est assurément fâcheuse : l'aliénation devrait toujours être considérée comme le genre, dont la vente et la donation seraient des espèces.

Non seulement la donation est un mode de transfert de la propriété ; mais la propriété ainsi transmise présente ses caractères propres ; elle a, en vertu de son origine, une fragilité particulière. « Rien n'est dangereux, a-t-on dit, comme de traiter avec

1. Planiol. *Traité*, t. I, § 934. — Cf. art. 484 : le mineur émancipé ne pourra ni vendre ni aliéner...

un donataire (1). » La formule est peut-être trop énergique, mais elle est vraie dans une large mesure.

1° La donation n'entraîne pas obligation de garantie ; sans doute le donateur répond toujours de son fait personnel ; mais si le donataire est évincé, le donateur n'est pas tenu de l'indemniser. Ceux qui auront traité avec le donataire propriétaire apparent courront ainsi un risque de plus de voir diminuer leur gage ; à ce point de vue déjà, il est plus avantageux d'avoir affaire à un acquéreur à titre onéreux.

2° Les donations sont soumises à des conditions spéciales de révocation ; et dans le cas de révocation pour survenance d'enfants, la situation des tiers est particulièrement pénible. La révocation a lieu de plein droit ; les biens font retour au donateur, francs et quittes de toutes dettes et charges imposées par le donataire. Et même il y a une disposition particulièrement dure : les tiers acquéreurs à titre particulier, même s'ils ont juste titre et bonne foi, ne pourront prescrire que par trente ans (art 966). — Ajoutons que toute révocation, quelle que soit sa cause, quelles que soient ses conditions, diminuera le gage des créanciers du donataire ; ceux-ci auront pu être abusés par une apparence fragile.

3° Les règles protectrices de la réserve atteignent dans certains cas les tiers acquéreurs qui tiennent leur droit du donataire ; l'action en réduction peut

1. Aubenque, *Des donations entre vifs comparées avec les contrats à titre onéreux*. — Introduction.

être exercée contre eux, lorsqu'il s'agit d'une donation d'immeubles, et que le donataire est insolvable (art. 930). — Dans tous les cas en outre la réduction vient diminuer le gage apparent des créanciers du donataire.

4° Les règles du rapport sont, elles aussi, dangereuses pour les tiers : dans le rapport en nature, les biens rapportés se réunissent à la masse « francs et quittes de toutes charges créées par le donataire » (a. 865); les droits réels nés de son chef disparaissent donc. Sans doute les règles du rapport sont moins préjudiciables aux tiers que les règles de la réserve : car le rapport ne peut avoir lieu en nature, lorsque le bien a été aliéné, et par suite le rapport, funeste au créancier hypothécaire, n'atteint pas le tiers acquéreur. D'autre part, l'article 865 permet aux tiers d'intervenir au partage et de s'opposer à ce que le rapport se fasse en fraude de leurs droits ; on a voulu éviter une collusion entre le débiteur du rapport et ses cohéritiers ; autant que possible l'immeuble devra être attribué au donataire, et l'effet déclaratif du partage rétablira les droits compromis par le rapport ; mais c'est là une protection souvent insuffisante : si le rapport ne peut se faire qu'en nature, et que les biens rapportés ne reviennent pas au donataire, les tiers qui avaient acquis sur eux des droits réels les perdront.

5° L'application des règles relatives à l'action Paulienne rend également instable le droit de propriété du donataire. On sait que l'aliénation à titre gratuit

pourra être révoquée, sur la poursuite des créanciers du donateur, sans que ceux-ci aient à établir la mauvaise foi du donataire. Non seulement le donataire lui-même verra disparaître son droit ; mais, s'il a lui-même donné le bien, le sous-acquéreur à titre gratuit sera lui aussi atteint par l'action du créancier. D'autre part les créanciers personnels du donataire verront, en tous cas, le bien donné sortir de leur gage sans qu'ils puissent concourir avec les créanciers du donateur qui auront engagé les poursuites : car ce bien sera réputé n'être pas sorti du patrimoine de l'aliénateur.

Ainsi, à de multiples points de vue, le droit de propriété du donataire est fragile. S'il y a eu dans le droit moderne une tendance à ignorer l'origine des biens pour unifier en quelque sorte les droits des propriétaires et pour les consolider (1), nous devons constater dans la législation des donations une exception à la règle : dans notre droit, le caractère fragile du droit de propriété qui résulte d'une donation constitue une gêne sérieuse pour la circulation des biens et le crédit.

On voit combien il était important de considérer la donation comme un mode de transmission de la

1. On peut mentionner à ce point de vue : la suppression de la distinction des biens d'après leur origine (propres et acquêts) dans le droit successoral ; — la réduction à cinq ans (au lieu de trente) du délai maximum de rachat dans les ventes à réméré ; — la prohibition des clauses d'inaliénabilité, qu'on l'interprète d'une façon plus ou moins stricte.

propriété. Mais si l'idée s'applique au type officiel et normal de donations, il faut bien remarquer qu'une multitude d'actes que l'on n'hésite pas à qualifier de « donations » et que la pratique traite comme tels, ne comportent aucune aliénation, aucune transmission de propriété.

On peut « donare » sans « dare ». Pomponius (1) disait déjà : « In aedibus alienis habitare gratis, donatio videtur. » Et il y a dans nos recueils des arrêts sur des donations de ce genre (2). Pomponius disait encore qu'il pouvait y avoir donation « citra corporis donationem ; velut si donationis causa cum debitor meo paciscar ne ante certum tempus ab eo petam (3). »

Actuellement un grand nombre de donations déguisées et de donations indirectes se réalisent sans qu'il y ait transfert de propriété. Ainsi je reconnais une dette qui n'existe pas ; je promets de payer ; je n'étais pas obligé, mais tout se passera comme si je l'avais été ; le moyen de preuve que j'ai donné contre moi devient un acte générateur d'obligation (4). C'est cette promesse de payer, que l'on pourra me contraindre à exécuter, qui constitue la donation. Toutefois on peut dire que l'acte s'analyse en deux opérations, et qu'il y aura bien finalement « dation », au moment

1. Pomponius, au *Digeste*, liv. XXXIX, tit. 5, fr. 9.

2. Voir par ex. Cass., 3 nov. 1896. D. 97.1.584.

3. Pomponius, *l. c.*

4. Planiol, *Traité*, t. III, p. 587. n° 2.

où je paierai. Les exemples qui suivent sont plus frappants.

Un créancier fait remise de sa dette au débiteur ; un successible renonce purement et simplement pour laisser venir à la succession les successibles qu'il primait ; un légataire renonce à son legs pour gratifier l'héritier qui en était grevé ; une femme commune en biens renonce à la communauté pour avantager ses enfants. Voilà autant de renonciations qui constituent des donations indirectes : il y a donation sans qu'il y ait aucun transfert de propriété.

Comme nous l'avons déjà vu, le législateur pense au cas le plus normal ; et son vocabulaire s'applique à ce cas. Plus tard on est amené à assouplir les définitions légales pour étendre l'application de certaines règles. La donation est, le plus souvent, une aliénation ; elle n'en est pas toujours une.

§ 2. — LA DONATION ENTRE VIFS ET LE TESTAMENT.

L'article 711, nous l'avons vu, rapproche la donation entre vifs et le testament. Le titre II du livre III sera consacré à l'une et à l'autre ; et l'article 893, le premier de ce titre, est ainsi conçu : « On ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre vifs ou par testament, dans les formes ci-après établies. » Le rapprochement était d'ailleurs traditionnel ; au xvii^e siècle l'ouvrage de Ricard, qui fut classique et prépara les ordonnances de D'Aguesseau, était

intitulé : « Des donations entre vifs et testamentaires. » Lors de la rédaction du Code, le tribunal d'appel de Paris proteste, il est vrai, contre ce rapprochement (1) : « Nous nous sommes plaints de cet amalgame de deux choses si disparates. Les donations entre vifs et les testaments ont sans doute de grands rapports, mais ils ont aussi des dissemblances très remarquables. » Le rapprochement n'en a pas moins été consacré par le Code.

C'est moins, croyons-nous, en vertu d'une analyse juridique rigoureuse que pour des raisons concrètes et pratiques. L'expression de l'article 893 : « On ne pourra *disposer de ses biens...* » mérite d'être notée. Certes elle est vague, compréhensive. Mais à quoi nous fait-elle spontanément songer ? à l'acte grave par lequel un individu dispose de sa fortune, ou d'une partie de sa fortune. Ce sont évidemment ces donations importantes qui préoccupent d'abord le législateur. Or il est clair que, de ce point de vue, il n'y aura guère, entre la donation et le testament, qu'une différence de forme : l'opération se réalisera par l'un ou l'autre des deux procédés ; au fond elle aura les mêmes résultats. Et de fait un grand nombre de règles de première importance s'appliquent à la fois à la donation et au testament : nous rappellerons seulement l'article 900 (conditions impossibles, illicites ou immorales) ; l'article 901 (il faut être sain d'esprit) ; l'article 913 (quotité disponible) ; l'article 843 ancien

1. Fenet, *Travaux préparatoires*, t. V, p.255.

(rapport). On s'explique donc aisément que les auteurs du Code aient rapproché les deux sortes d'acte.

D'ailleurs, pour comprendre complètement leur attitude, il faut rappeler quelques faits. Tout d'abord, en rapprochant la donation entre vifs et le testament, en les énumérant comme les seuls procédés par lesquels on puisse disposer de ses biens à titre gratuit, les auteurs du Code avaient l'intention de condamner définitivement la donation à cause de mort, qui avait été d'ailleurs condamnée, même avant l'ordonnance de D'Aguesseau par beaucoup de jurisconsultes (1). En outre, à l'époque du droit intermédiaire, le testament était vu avec défaveur ; on évitait de prononcer le mot (2) ; on disait plutôt donation à cause de mort ; et il y eût là, dans le vocabulaire et dans les idées, une double raison de rapprocher les deux actes.

Il ne saurait être question de méconnaître les différences qui les séparent. Ils ont chacun leurs formes spéciales, chacun leurs règles propres. Peut-être même le fait de les rapprocher sous la rubrique « dispositions à titre gratuit » est-il un peu illusoire ; car une disposition entre vifs est traitée tout autrement qu'une transmission par décès (3). On n'appellera pas cette dernière une aliénation ; et par suite on n'appliquera pas au testament les articles 499 et 513 (inter-

1. Ricard. *Traité des donations*, 1^{re} partie, chap. II.

2. Voir p. ex. la terminologie des lois du 17 nivose an II (Duvergier, t. VI, p. 460) et du 4 germinal an VIII (Duvergier, t. XII, p. 186).

3. Le fait que les transmissions par décès ne donnent pas lieu à transcription est caractéristique.

diction pour le faible d'esprit et le prodigue d' « aliéner sans l'assistance de son conseil) ; on sait qu'au contraire on les applique à la donation.

Mais le caractère le plus essentiel par lequel la donation s'oppose au testament est son irrévocabilité. Au cours des discussions devant le Conseil d'Etat (1), Tronchet a indiqué que c'était précisément l'objet des articles 894-895 de bien marquer cette antithèse. Il y a là en effet un élément très important ; et l'on peut dire que l'irrévocabilité, le dépouillement actuel et irrévocable, tient à la nature même de la donation. Au début de son traité (2), Ricard, rappelant des formules romaines, nous dit qu'il y a donation entre vifs lorsque le donateur préfère le donataire non seulement à ses héritiers (comme dans le testament), mais à lui-même. C'est précisément parce qu'il y a là un élément constitutif de la donation que l'article 277 de la Coutume de Paris, qui donna lieu à de si vives discussions, avait été ainsi conçu : « Toutes donations, encore qu'elles soient conçues entre vifs, faites par personnes gisant au lit, malades de la maladie dont elles décèdent, sont réputées faites à cause de mort et testamentaires, et non entre vifs. »

On sait quelle importance nos anciens jurisconsultes attachaient à l'idée d'un dépouillement immédiat et irrévocable. Ricard rappelle le conseil amer de l'Ecclésiaste : « Filio, mulieri, fratri et amico non des

1. Fenet, t. XII, p. 262.

2. Ricard. *Traité des donations*, 1^{re} partie, chap. 1.

potestatem super te in vita tua, et non dederis alii possessionem tuam, ne forte pæniteat te ; in die consummationis dierum vitæ tuæ, et in tempore exitus tui distribue hereditatem tuam. » Mais dans presque toutes les coutumes, il pouvait y avoir rétention d'usufruit ; et l'on pouvait donner sans s'imposer de sacrifice personnel. Aujourd'hui il est admis sans contestation que l'on peut donner une nue-propriété. De même la jurisprudence valide les donations de sommes prises « sur les plus clairs deniers que le donateur laissera », ou « payables après son décès », sous la seule condition qu'il ait eu l'intention de constituer un droit irrévocable (1) ; c'est même pour assurer cette irrévocabilité que, dans le cas d'insuffisance de la succession, on paie d'abord les donataires les plus anciens en date (2).

Ainsi la règle d'irrévocabilité n'entraîne pas desaisissement immédiat, sacrifice du donateur. Elle implique seulement que le droit est constitué dès le moment de la donation d'une façon définitive, que c'est un droit ferme. On sait quelles sont les conséquences extrêmement importantes de cette règle : interdiction de la donation de biens à venir sauf par contrat de mariage et entre époux ; interdiction des donations sous condition protestative ; interdiction de la clause de paiement des dettes futures par le donataire ; interdiction de toute réserve du droit de

1. Cass. 18 nov. 1861. D. 61.1.465. Cass. 28 fév. 1865. D. 65.1.221 ; etc...

2. Cass. 5 mars 1879. S. 80.2.68. Cass. 22 févr. 1893. D. 94.2.490.

disposer des choses données. — Ce que le donateur doit définitivement abandonner, c'est son droit de disposition. On a vivement critiqué cette règle, comme à peu près dépourvue de sens à l'époque actuelle, le donateur n'ayant pas à se dépouiller en fait (1). Mais si l'on admettait un retour possible de volonté, l'acte, tant qu'il ne serait pas exécuté, serait sans portée. Lorsqu'elle n'est pas effectuée immédiatement, la donation n'est une réalité qu'à la condition de constituer au profit du donataire un droit ferme et irrévocable. Sinon, on serait en présence d'un simple projet, ou d'un testament.

On voit donc que dans notre droit la donation se distingue bien nettement du testament, surtout par son irrévocabilité. Mais il nous semble qu'en la rapprochant de lui, les auteurs du Code ont eu une intuition très sûre de la réalité. Ce qui indignait surtout les magistrats du tribunal de Paris (2) dans ce rapprochement, c'est qu'on ait paru faire du testament un contrat. Pothier insiste à maintes reprises sur ce point (3) : la donation est une convention, un contrat tandis que le testament est l'acte pur de la volonté du testateur ; c'est, dirions-nous aujourd'hui, une manifestation unilatérale de volonté. Or on peut se demander si cette antithèse est bien fondée.

Lorsqu'on fait abstraction des formes dans lesquel-

1. Planiol, III, § 2597.

2. Fenet, t. V, p. 255.

3. Pothier, *Donations entre vifs*, sect. I, art. II, § 1 ; sect. II, art. I ; sect. III, art. VI, § 3.

les se réalise la donation, il n'est pas sûr qu'elle soit, de par sa nature intrinsèque, un contrat. Si on peut la considérer, sous un certain aspect, comme un acte unilatéral, l'acte par lequel un individu dispose de ses biens, nous trouverons là une nouvelle raison de la rapprocher du testament. Telle est précisément la question que nous allons aborder maintenant.

§ 3. — LA DONATION EST-ELLE, PAR NATURE,
UN CONTRAT ?

Que la donation entre vifs soit considérée par le Code civil comme un contrat, c'est un point qu'il est difficile de contester. Ce qui caractérise le contrat, c'est un concours de volontés générateur d'obligations. Que la donation entre vifs implique un pareil concours de volontés, c'est ce qui ressort avec évidence des articles 894 et 932, qui mentionnent l'un et l'autre la nécessité de l'acceptation du donataire. Et aussi bien le Code civil ne faisait, en disposant ainsi, que se conformer à la tradition. Pothier exprime à maintes reprises cette idée que la donation est une convention, un contrat : « L'acceptation, dit-il, constitue l'essence même de la donation qui, étant une convention entre le donateur et le donataire, renferme nécessairement le consentement des deux parties (1). » C'est parce qu'elle est une convention que la donation est, selon Pothier, « du droit

1. Pothier. *Donations entre vifs*, section II, art. 1^{er}.

des gens » et par suite accessible aux étrangers (1). C'est pour la même raison qu'elle doit être « renfermée dans ses termes », interprétée strictement (2). Sur ces divers points la donation s'oppose au testament ; et c'est pour cela, nous explique Pothier, qu'une donation entre vifs non valable comme telle ne peut, aux termes de l'Ordonnance de 1731, article 4, valoir comme donation testamentaire (3). Aussi ne sommes-nous pas surpris de voir Bigot-Préameneu, dans son discours au Corps législatif, nous expliquer de la façon suivante les articles 931-932 : il rappelle que les donations entre vifs doivent être passées devant notaire, « dans la forme ordinaire des contrats », et il ajoute : « La donation entre vifs est un acte par lequel celui qui l'accepte s'engage à en remplir les conditions... C'est encore parce que toute donation entre vifs est considérée comme un engagement réciproque qu'il est indispensable que les deux parties y interviennent, celle qui donne et celle qui accepte (4). »

La donation entre vifs, expressément prévue et organisée par le Code civil, est un contrat, c'est hors de doute. Mais la question est de savoir si, essentiellement et par nature, la donation ne peut être qu'un contrat. Cela a été bien vu par Pothier, qui nous dit : (5) « Il faut distinguer entre l'acceptation et la

1. Pothier. *Donations entre vifs*, sect. I, art. 1^{er}.

2. *Idem*, sect. III, art. 6, § 3.

3. *Idem*, sect I, art. 1^{er}.

4. *Recueil général*, t. III, p. 212.

5. Pothier. *Donations entre vifs*, sect. II, art. 1^{er}.

solennité de l'acceptation »; la première constitue l'essence même de la donation, la deuxième est une pure formalité organisée par nos lois. La question a une importance pratique considérable: lorsqu'une donation se réalise en dehors des formes solennelles, devra-t-on exiger une acceptation (quelles qu'en soient les formes)? Oui, si la donation est par nature un contrat, ne peut pas être chose. Non, en cas contraire. Ajoutons que parfois il s'agira de savoir si la donation n'est pas nulle pour acceptation tardive, après la mort du donateur ou la survenance en sa personne d'une incapacité de donner. Souvent encore, il s'agira de savoir si l'acceptation a bien été donnée par la personne compétente, c'est-à-dire avec les autorisations nécessaires. Sans doute en ce dernier cas, des considérations d'ordre public pourront venir compliquer la question. Mais la difficulté fondamentale est bien de savoir si une donation est nécessairement nulle du fait que l'offre du donateur n'a pas concouru avec une acceptation valable du donataire.

Et d'abord, si manifeste que soit l'opinion des auteurs du Code, il faut remarquer qu'à l'époque même de la rédaction il ne paraissait pas absolument évident à tout le monde que la donation fut un contrat. Dans la discussion de l'article 894 devant le Conseil d'état (1), le Premier Consul s'étonna que l'on ait qualifié la donation de contrat : un contrat impose des charges mutuelles aux deux contractants, et l'ex-

1. Fenet, t. XII, p. 261.

pression convient mal à la donation. Peut-être Bonaparte confondait-il le mode de formation du contrat et son contenu ; encore ne sommes-nous pas sûr que cette confusion soit répréhensible. Toujours est il qu'on lui donna une apparente satisfaction en substituant le mot « acte » au mot « contrat ».

Bonaparte n'était pas le seul à opposer donation et contrat. Dans le premier projet de Cambacérès (1), l'article I^{er}, du livre III est ainsi rédigé : « Les manières d'acquérir *indépendantes des contrats* sont : 1^o l'occupation, 2^o l'accession, 3^o la *donation*, 4^o la succession, 5^o la prescription. » Et notre article 711 consacre au fond la même idée ; les auteurs du code emploient souvent comme synonymes ou presque — la chose est d'ailleurs singulièrement fâcheuse — les expressions d'« obligation » et de « contrat » ; dans son rapport au Tribunat (2), Chabot, rappelant le contenu de l'article 711, le transcrit ainsi : « La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des conventions. » Dans son discours au Corps législatif (3), Siméon, rapportant le même article, dit « contrats » au lieu de « conventions ».

Enfin, ne l'oublions pas, dans le Code civil lui-même, la donation est règlementée avec le testament, et en dehors de la matière des contrats. Cela produit d'ailleurs d'étranges conséquences : on rencontre le

1. Fenet, t. I.

2. *Recueil général*, t. III, p. 33.

3. *Recueil général*, t. III, p. 100.

titre relatif aux donations avant la définition du contrat de bienfaisance (art. 1105) (1), dont la donation constitue, dans l'opinion courante, l'espèce essentielle.

Il faut, croyons-nous, accepter franchement l'idée que la donation, quoiqu'elle se réalise le plus souvent sous la forme d'un contrat, n'est pas nécessairement et par nature un contrat. Cela nous permettra de comprendre que le Code ait traité la donation tantôt comme un contrat (lorsqu'il pensait à l'acte juridique réglementé par l'art. 931), et tantôt comme un acte qui peut n'être pas un contrat (lorsqu'il pensait à l'opération concrète elle-même, et non à ses procédés juridiques de réalisation).

Les faits semblent venir à l'appui de notre idée. Sans doute, pour des raisons que nous aurons bientôt à examiner, la simple promesse de donner a rarement été considérée comme obligatoire. Pourtant cela s'est vu. En droit romain, elle l'était dans deux cas au moins (2) : au cas de *votum*, promesse à une divinité (3) ; au cas de *pollicitatio* faite à une cité, « ob honorem decretum sibi vel decernendum », ou lorsqu'il y avait eu commencement d'exécution (4). Il est si vrai qu'une donation par acte unilatéral est

1. « Le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit. »

2. En laissant de côté le cas d' « *indicium* » : Girard. *Manuel*, p. 457 ; *Textes*, p. 818.

3. *Digeste*, L, 12, 2.

4. *Digeste*, h. t., 1, 2.

possible que l'Ordonnance de 1731, article 5, avait eu besoin de stipuler que l'acceptation est nécessaire même pour les donations à l'église ou pour cause pie. Et Pothier (1), songeant au droit romain, ajoute qu'il faut leur assimiler celles qui auraient pour but la décoration des villes ou quelque utilité publique. On voit bien qu'il y eut sous l'ancien droit une tendance à considérer comme obligatoire la promesse de donner (2); et cette tendance était encouragée par l'église, d'abord parce qu'elle y avait intérêt, et ensuite en raison de la foi due aux promesses.

Mais ce n'était pas seulement à propos des donations pour cause pie que la question s'était posée sous l'ancien régime. L'article 5 de l'Ordonnance de 1731 reprenait l'article 133 de l'Ordonnance de Villers Coterets, qui décidait que la donation n'aurait d'effet que du jour où elle serait acceptée par le donataire. Et ce que l'on avait voulu condamner alors, c'était la pratique des donations à personnes futures par l'entremise des notaires (3); ces donations avaient été admises d'abord à l'occasion du mariage, en faveur des enfants à naître, puis elles s'étaient généralisées. On expliqua la disposition de l'Ordonnance en disant qu'on ne saurait comprendre un contrat dans lequel l'un des contractants n'existe pas (4).

1. Pothier, *Donations entre vifs*, sect. II, art. 1^{er}.

2. Ricard cite quelques arrêts qui admettent la pollicitation en droit français.

3. Lambert *Stipulation pour autrui*, 2^e partie, §§ 165-184.

4. « Deest persona, disait par exemple Fr. Hotman, cum qua ulla conventio intercedat. »

Mais, puisqu'il fallait une disposition de la loi pour faire du concours des volontés une condition de validité, c'est bien que la donation n'est pas un contrat par essence, nécessairement, mais seulement par accident, en vertu d'une opinion juridique. D'ailleurs notre ancien droit continua à considérer comme valables les donations faites par contrat de mariage aux enfants à naître ; et notre article 1082 consacre cette solution.

C'est sans doute de la même façon qu'il faut expliquer l'article 1087 : « Les donations faites par contrat de mariage ne pourront être attaquées ni déclarées nulles, sous prétexte du défaut d'acceptation. » On dit presque toujours que ce texte dispense seulement de la formalité de l'acceptation expresse, mais qu'il faut toujours au moins une acceptation tacite, puisque la donation est un contrat. Mais M. Planiol a présenté, de l'article 1087, une explication qui paraît décisive(1) ; cet article est la simple transcription de la fin de l'article 10 de l'Ordonnance de 1731, qui concernait l'acceptation même, aussi bien que sa forme ; et les articles 11 et 12 de l'Ordonnance expliquent que, la donation pouvant profiter aux enfants à naître, c'est l'acceptation de ceux-ci qui n'est pas requise.

Voilà donc un cas bien net dans lequel la donation ne peut être considérée comme une convention entre le donateur et le donataire. Si, dans ce cas-là,

1. Planiol, *Traité*, III, 3146.

on a admis la validité de l'opération, c'est parce que la donation éventuelle aux enfants à naître est comprise dans un contrat qui a normalement un autre objet. Il y a là un phénomène juridique analogue à celui qui fit admettre en droit romain la validité de la stipulation pour autrui quand elle était faite « mihi et heredi meo », tandis qu'elle était nulle, pendant longtemps au moins, quand elle était faite simplement « heredi meo » (1). Or l'idée doit être généralisée : toutes les fois que la donation ne se réalise pas dans les formes solennelles des articles 931 et suivants elle peut très bien ne plus constituer un contrat.

Tout d'abord il y a une multitude de cas dans lesquels il y a bien contrat, mais non pas contrat de donation entre le donateur et le donataire. L'article 1973 prévoit le cas d'une vente dans laquelle le vendeur impose à l'acheteur, comme charge accessoire, le service d'une rente viagère à une tierce personne. Dans tous les cas où il y a stipulation pour autrui, la validité s'explique de même : l'accessoire suit le principal. En particulier, dans le cas d'une assurance pour la vie, contractée au profit d'un tiers, l'acceptation peut intervenir valablement après la mort du signataire de la police (2) ; et il en est presque toujours ainsi. Cela serait inexplicable si la donation ne pouvait pas être autre chose qu'un contrat. Le contrat n'est pour la donation qu'une forme. Ce qui a pu faire illusion, c'est que dans notre

1. Girard, *Manuel*, p. 448.

2. Cass. 8 févr. 1888. S. 88.1.121. Cass. 22 juin 191. S. 92.1.177.

droit le contrat, le concours de volontés est la forme typique, la forme essentielle d'activité juridique ; et par suite, même quand la donation ne se réalise pas dans les formes solennelles, elle emprunte très souvent des formes contractuelles.

Mais il n'en est pas toujours ainsi. Dans presque tous les cas où la donation ne se réalise pas dans les formes solennelles, on a eu grand'peine à reconnaître, à trouver l'acceptation du donataire. On a fait remarquer par exemple (1) que, dans une donation déguisée (et il faut, nous le savons, qu'il y ait véritable déguisement), on ne saurait trouver l'acceptation d'une donation autrement que par une hypothèse purement arbitraire. Dans le don manuel (2), on a voulu voir une acceptation de nature spéciale, « une acceptation par voie de prise de possession ». Dans le cas où l'on achète par exemple un titre de rente au nom d'autrui (3), on a voulu trouver l'acceptation du donataire dans l'inscription de son nom au grand livre de la dette, dans un mandat donné à un agent de change qu'il ne connaît pas (4)... Nous sommes dans l'arbitraire pur.

La conclusion s'impose : lorsque la donation se réalise en dehors des formes des articles 931 et suivants, il peut se faire qu'elle ne contienne pas les éléments constitutifs du contrat. Nous citerons un arrêt con-

1. Vernet. *Des donations déguisées dans Revue pratique de droit*, 1833.

2. Bufnoir. *Propriété et contrat*, p. 500.

3. Schmitz. *Des donations sans forme*, p. 54-55.

4. Voir p. ex. S. 44.1.787 ; 72.2.270 ; 92.2.129.

forme à cette manière de voir, et qui nous semble avoir nettement dégagé les principes de la matière.

La promesse de donner peut se déguiser sous la forme d'une reconnaissance de dette, acte unilatéral ; exigera-t-on l'acceptation ? et plus spécialement, si le donataire est une femme mariée, exigera-t-on qu'elle soit régulièrement autorisée ?

Trois systèmes sont possibles : le premier ne trancherait pas vraiment notre question. L'autorisation du mari serait exigée en vertu de considérations d'ordre public, pour la sauvegarde des bonnes mœurs. Elle serait nécessaire même dans le cas de donation déguisée ; et la nullité encourue serait absolue (1).— On peut soutenir en second lieu que la donation est une convention, qu'elle ne peut être autre chose, que l'acceptation, comme disait Pothier, constitue son essence même, sous quelque forme qu'elle se réalise. — Enfin on peut prétendre que l'acceptation n'est qu'une condition de forme ; si la donation se déguise sous la forme d'un acte unilatéral, elle devient inutile. Et, si on voulait exiger l'autorisation maritale, ce ne serait plus qu'en vertu de l'article 217 ; la nullité serait relative, ne pourrait être opposée que par la femme.

Par acte notarié du 22 septembre 1884, le sieur B. avait reconnu devoir à la femme T. 4.000 francs qu'elle lui aurait prêtés antérieurement. Plus tard, B.

1. En ce sens Aix, 10 mars 1880. S. 81.1.49. Toulouse, 9 mars 1885 D. 87.1.443.

demande la nullité de son engagement, il l'obtient de ses premiers juges ; et la Cour d'Agen confirme ce jugement, en déclarant la donation inexistante, parce que « la femme T. ne pouvait accepter une donation sans l'autorisation de son mari. » Mais la Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'Agen : elle remarque que l'acte satisfait aux conditions de validité des reconnaissances de dette ; *cette reconnaissance de dette ne constituant qu'une obligation unilatérale n'était point soumise à la formalité de l'acceptation par la créancière*, et par conséquent le mari n'avait point à donner pour cette acceptation une autorisation, dont au surplus la femme T. aurait pu seule opposer l'absence (1). »

Pourtant la Cour de cassation semble admettre encore aujourd'hui que, si l'acceptation en forme n'est pas nécessaire dans les donations déguisées, il faut toujours au moins l'intention d'accepter, qui devra résulter des circonstances, et dont l'existence sera souverainement appréciée par les juges du fond (2). Dans une note sous un arrêt de la Cour de Paris (3), M. Tissier approuve cette jurisprudence dans les termes suivants : « La donation était nulle faute d'acceptation. C'est l'application d'idées élémentaires et incontestables : solennelle ou non, la donation suppose le concours de deux volontés ; l'acceptation peut-être faite d'une manière quelconque ; encore faut-il

1. Cass., 29 mai 1889. D. 89.1.369.

2. Cass. 18 oct. 1909. S. 1909.1.99.

3. Sous Paris, 25 mars 1891. S.92.2.129.

qu'elle ait lieu. » Dans l'espèce, on avait trouvé dans les papiers du défunt Z., un titre de rente sur l'Etat français, au nom de X. ; le père tuteur légal de X. en réclamait délivrance aux héritiers.

S'il s'était agi de demander au donataire l'exécution d'un engagement, on serait sans doute unanime à trouver scandaleux qu'il soit engagé sans avoir même eu connaissance de l'engagement. Mais en réalité il s'agit d'obtenir l'exécution de la volonté du donateur, clairement exprimée. La doctrine que nous discutons n'aurait-elle pas confondu deux questions : celle de savoir si on peut concevoir une donation réalisée autrement que par contrat ; et celle de savoir sous quelles conditions une volonté, qui manifeste l'intention de donner, peut être considérée comme liée juridiquement. Cette seconde question est de première importance, et nous nous proposons de l'étudier dans le prochain paragraphe. Quant à la première, nous répéterons qu'elle ne nous paraît pas pouvoir être résolue autrement que par l'affirmative. Dans la stipulation pour autrui, par exemple dans l'assurance sur la vie, personne ne songe à exiger que l'acceptation du donataire intervienne du vivant du donateur. Voilà une donation qui est valable sans qu'il y ait eu contrat entre le donateur et le donataire.

La raison de nullité qu'invoque la Cour de Paris, le défaut d'acceptation, doit pouvoir être invoquée dans tous les cas où il y a donation, si elle dérive de la nature intrinsèque de la donation : personne n'ose-

rait pousser cette théorie jusqu'en ses dernières conséquences. Admettons donc franchement qu'on peut donner autrement que par contrat. Du jour où l'on a admis le droit de gratifier en dehors des formes prévues par les articles 931-932 du Code civil, il devenait impossible de faire du simple défaut d'acceptation une cause de nullité.

CHAPITRE III

Nécessité de la présence d'un élément solennel ou réel dans l'acte juridique par lequel se réalise une donation.

Dans les sociétés primitives, les opérations juridiques comportent normalement un élément solennel ou un élément réel. A Rome, par exemple, la convention de donation n'a été munie d'action que tardivement : à l'époque des fragments du Vatican l'usage de procédés formels ou réels, même pour une donation d'ascendants à descendants, est nécessaire (1).

Dans notre très ancien droit, la donation est souvent accompagnée de tradition réelle (2) ; parfois il y a remise d'une motte de terre ou d'un rameau (3) ; d'autres fois encore, c'est une autre solennité, un bai-

1. F. V., 233 (dans Girard, *Textes*). Constantin exigea la tradition en présence de témoins (F. V. 249) ; et la prescription passa dans le Code théodosien (VIII, 12, *De don.* 1 ; 3). La règle théodosienne eut sans doute une influence sur notre ancien droit ; mais elle se trouvait parfaitement d'accord avec les tendances de tout droit primitif.

2. Glasson, *Histoire du Droit*, t. III, p. 182 sqq. — Esmein, *Contrats dans le très ancien droit français*, p. 31. — Reverdy, *Les donations dans la législation de Justinien et dans les pays de droit écrit*, 2^e partie, sect. III ; exemples concrets tirés des cartulaires, p. 187.

3. Exemples concrets : Cart. de l'abbaye de Beaulieu en Limousin, ch. 163, ch. 173 (dans Reverdy).

ser par exemple, qui intervient (1). Nous n'insisterons pas sur cette idée, devenue classique aujourd'hui.

Mais ce qui est très frappant, c'est que la règle se maintint pour la donation alors qu'elle disparut pour les autres contrats. M. Glasson par exemple (2) et M. Esmein (3) ont noté le fait. A l'origine on avait simplement appliqué à la donation les principes généraux ; la donation ne devenait ferme que lorsqu'elle avait été réalisée par la transmission de la saisine (4) ; la règle se serait appliquée pour un acte onéreux, anciennement (5) ; mais pour les donations elle survécut, et elle devint la fameuse maxime : « Donner et retenir ne vaut (6). »

1. Exemples concrets : Cart. de l'église cathédrale de Grenoble, cart. B, n° 119, n° 85 (dans Reverdy).

2. Glasson. *Histoire du droit*. t. VII, p. 526.

3. Esmein. *Contrats dans le très ancien droit*, p. 32.

4. Sur les « traditions » primitives, cf. De Rozière, *Recueil général des formules du V^e au VI^e siècles* ; Lefèvre, *Cours d'histoire du droit français*, Paris, 1909-1910. — Sous l'influence de l'Eglise, la législation des capitulaires débarrassa peu à peu les donations des formes qui leur étaient imposées, et spécialement de la nécessité du dessaisissement (Capitulaire de 803, ajouté à la loi Ripuaire, tit. VIII ; Capitulaire d'Ansegise, n° 137). — Mais on vit apparaître presque aussitôt des formalités nouvelles : les clauses comminatoires (Marculf, *Formules*, l. II, n° 4 ; cf. plus haut, p. 21), les « laudationes parentum » (Capitulaires de Cluny, de Saint-Pierre-de-Chartres). — Et de plus la règle théodosienne, qui exigeait la tradition, ne disparut pas (Marculf, l. II, form. 3, 4, 6).

5. Conseil de Pierre de Fontaines, ch. XV, § 13 (éd. Marnier, p. 114).

6. Pour le XII^e et le XIII^e siècles, cf. Glanville (VII, 1) ; Abrégé des assises de la Haute cour, § 194 ; Jean d'Ibelin, chap. 144 ; cour des Bourgeois, chap. 214 ; coutume de Champagne, rédigée en 1224 (a. 44 : « Donner et retenir ne vaut riens. »

On sait quel fut le sort de cette règle. A l'origine elle traduisait simplement le fait que la simple promesse ou la simple convention de donation ne sont pas obligatoires ; pour qu'elles produisent effet, il faut qu'il y ait dessaisissement. La règle fut appliquée sans doute d'une façon à peu près générale et constante (1). Mais l'idée de dessaisissement s'affaiblit peu à peu ; on vit se généraliser la pratique d'une tradition fictive (2). Et dès lors on voit combien est faible l'explication classique (3), qui justifie la règle par la préoccupation d'arrêter le donateur en lui imposant un sacrifice immédiat. Pourtant dans un certain nombre de coutumes (4) subsista la nécessité d'une tradition de fait. — A mesure que l'idée de dessaisissement s'effaçait, on voyait passer au premier plan l'idée de l'irrévocabilité de la donation ; à la fin de notre ancien droit, elle seule avait une grande impor-

1. Lefèvre, *l. c.*

2. Reverdy, *op. cit.*, 2^e partie, sect. III. La pratique des traditions fictives remonte très loin (nombreuses autorités pour les pays de droit écrit).

3. Pothier. *Donations entre vifs*, n^o 65 : on voulait « que l'attache naturelle qu'on a à ce qu'on possède et l'éloignement qu'on a pour le dépouillement détournât les particuliers de donner ».

4. Senlis, a. 211 ; Clermont, 127 ; Valois, 130 ; Chaumont, 76 ; Vitry, 111 ; Laon, 53 ; Chaulny, 54, 90 ; Sedan, 109 ; Amiens, 53, 137 ; Ponthieu, 22-25 ; Saint-Paul, 38 ; Boulenois, 22 ; Montargis, 11, 7 ; Bourbonnais, 209 ; Marche, 306 ; Anjou, 345, 429 ; Maine, 357, 444. — Cf. plus haut, chap. II, § 1. Deux idées viennent se rejoindre : la tradition reste nécessaire pour le transfert de la propriété ; et ce transfert est indispensable pour la validité de la donation.

tance (1). Et lors de la rédaction du Code, Bigot Préameneu (2) expliqua que l'on renonçait à la nécessité de la tradition, et que la donation ne serait plus « qu'un simple pacte ».

Il n'en est pas moins vrai que pendant toute la durée de l'ancien régime, un élément réel intervint au moins en principe dans la réalisation de la donation ; et à l'époque où la pratique l'avait à peu près effacé, au XVIII^e siècle, la donation redevint un contrat solennel, comme s'il était vraiment impossible de la concevoir indépendamment d'un élément solennel ou réel. La chose est d'autant plus remarquable que toute l'évolution du droit moderne a tendu à éliminer de la plupart des actes juridiques les solennités, qui étaient autrefois d'un usage normal pour toutes sortes d'actes.

Il n'y a pas là un hasard. On peut expliquer, croyons-nous, pourquoi le droit a eu de la peine à faire de la donation un acte consensuel. C'est seulement pour de sérieuses raisons d'équité ou d'utilité pratique qu'on en vint à admettre la valeur juridique des simples pactes. Or, il y eut une idée qui contribua à faire admettre certains de ces pactes : c'est l'idée du caractère normal et juste de tout contrat synallagmatique ; l'équivalence entre ce que l'on donne et ce que l'on reçoit parle, si l'on peut dire, en faveur

1. Ricard opposait déjà à la « tradition de fait » la « tradition de droit », simple clause qui constituait de son temps le droit commun (1^{re} partie, chap. IV, sect. 2).

2. *Recueil général*, t. III, p. 215.

de la convention. Dans un article sur le rôle de la « consideration » en droit anglais (1), M. Esmein a mis en relief l'idée : « Les Anglais ont fait de la « consideration » l'élément obligatoire par excellence dans les contrats non solennels ; elle crée l'obligation plus encore peut-être que le consentement qui l'accompagne » ; la « consideration », c'est, pour prendre les choses en gros, la contre-partie. Or l'idée, particulièrement apparente en droit anglais, est au fond de toutes nos conceptions juridiques. Pour nous, l'échange ou la vente est l'acte normal ; on se montrera moins exigeant pour leurs conditions de réalisation. Au contraire la donation est un acte suspect, elle déconcerte ; « donner, c'est perdre » ; pour admettre qu'elle a une valeur juridique, il faudra que nous ayons une raison puissante de la respecter. *Elle devra emprunter à une « forme », quelle qu'elle soit, sa valeur, sa force liante.*

Et de fait, nous croyons pouvoir montrer qu'aujourd'hui encore, et même quand elle échappe aux prescriptions des articles 931-932, la donation comporte toujours un élément solennel, ou réel.

1° Nous ne méconnaissons pas la différence certaine qui existe entre le formalisme des droits primitifs, et le formalisme de l'Ordonnance de 1731 ou de l'article 931 du Code civil. Les formes primitives apparaissent comme inévitables, comme dérivant de

1. Esmein. Un chapitre de l'histoire des contrats en droit anglais, dans *Nouv. Rev. hist. de Droit français et étranger*, 1893, p. 555.

la nature des choses : pour la conscience du primitif, il ne peut pas y avoir aliénation, il ne peut pas y avoir production d'obligation, si tel rite n'a pas été observé, si tel geste n'a pas été accompli. La rédaction d'un acte notarié apparaît au contraire comme une formalité imposée du dehors ; elle reste extérieure, si l'on peut dire, à l'acte à accomplir ; elle apparaît presque comme un accident historique ; elle dérive de la mauvaise volonté du législateur à l'égard d'une certaine catégorie d'actes. De plus dans le premier cas, la forme, à elle seule, par sa vertu propre, produit automatiquement son effet. Dans le second elle est, malgré tout, accessoire, et le juge aura à considérer autre chose qu'elle, la réalité de l'acte. — Mais malgré ces différences incontestables c'est, aujourd'hui encore, l'emploi de formes solennelles qui seul peut venir conférer à la convention de donation une valeur juridique, la force obligatoire.

2° Nous avons vu déjà que, dans le don manuel, la tradition réelle tenait la place, jouait le rôle d'une véritable formalité. Mais, pour que la donation soit valable, il faut qu'il y ait eu vraiment tradition. Seule la remise matérielle des objets mobiliers donnera *une existence juridique un don manuel*. Ce sont les propres termes d'un arrêt (1) intervenu dans une affaire intéressante.

Le 10 décembre 1876, le nommé S., membre de

1. Req. 7 mars 1899. S. 1900.1.167. — Cf. Cass., 11 juin 1882. D. 82.1.313.

la commission du bureau de bienfaisance de Blesle, déclare à cette commission qu'il fait don audit bureau de quatre obligations dont les revenus seront distribués par les soins du curé B. ; S., les remet à B., qui promet de se conformer à ses intentions ; plus tard S., revenant sur ses intentions premières, redemande les titres à B., qui les lui restitue. Le 21 mai 1896, le Tribunal civil du Puy condamne l'héritier de B., à remettre les titres au bureau de bienfaisance. Mais la Cour de Riom, par arrêt du 16 juillet 1897, infirme ce jugement, à cause du défaut de tradition, et la Chambre des requêtes rejette le pourvoi dirigé contre cet arrêt. Chose curieuse, la jurisprudence moderne se montre à cet égard plus exigeante que l'ancien droit (1). Les héritiers peuvent retirer l'objet entre les mains de l'intermédiaire, s'il n'a pas accompli sa mission du vivant du donateur ; sous l'ancien droit, on admettait que la tradition pouvait s'achever, en quelque sorte, après la mort du donateur. Mais, de toutes façons, la tradition joue bien ici le rôle d'une véritable formalité.

3° Dans les donations indirectes et dans les donations déguisées, il y a encore quelque chose d'analogue. Dans les premières la donation emprunte à l'opération juridique effectuée sa force ; c'est seulement comme conséquence de cette opération, à sa faveur, et non en vertu d'une vigueur propre, que la donation prend une existence juridique. Et dans les secon-

1. Denizart, v° *Donation entre vifs*, §12, art. 12 et 13.

des nous avons eu déjà l'occasion de remarquer le soin avec lequel la jurisprudence exige le respect des caractères propres de l'acte apparent. Ainsi on a annulé des donations réalisées sous forme de vente, le prix étant une rente viagère inférieure aux revenus de l'immeuble : car alors il n'y a pas prix fictif, il y a prix nul (1). Il faut que l'acte sous lequel la donation se déguise possède ses éléments juridiques, en apparence du moins : on voit bien qu'il s'agit là d'une exigence de forme.

Par conséquent, si souple que soit devenu notre droit en matière de donations, on peut dire qu'à l'heure actuelle une donation ne prend une valeur juridique que si elle est accompagnée d'un élément réel ou formel : cet élément variera beaucoup selon les cas ; mais on le retrouvera toujours sous un aspect ou sous un autre. Si on ne le retrouve pas, il n'y aura pas de donation ; il pourra y avoir eu des intentions, et des volontés ; elles seront sans valeur juridique. Il pourra se faire que l'élément réel se confonde avec l'exécution de la donation. Il pourra se faire que l'on reconnaisse dans la forme employée ou derrière cette forme le concours de volontés qui caractérise les contrats. Il pourra se faire aussi que l'on trouve seulement, derrière les formes, l'acte unilatéral du donateur, que viendra compléter à un moment quelconque l'adhésion du donataire : c'est ce qui arrive dans les assurances sur la vie, et aussi

1, Cf. S. 83.1.143. D. 96.1.36,

dans les fondations, au moment où la libéralité parvient à ses véritables bénéficiaires.

Dans d'autres domaines, le concours de volonté peut à lui tout seul apparaître comme générateur d'obligations, en dehors de toute forme. On voit apparaître dans le droit contemporain (1) l'idée que la manifestation unilatérale de volonté pourrait bien, à elle toute seule, en dehors de toute forme, être génératrice d'obligation. Ne nous y trompons pas : les deux idées ont au fond la même source ; elles ont leur lointaine origine dans le sentiment qu'exprimait Beaumanoir, lorsqu'il parlait de la foi due aux promesses : promesse pure, ou convention, la différence n'est peut-être pas radicale. Mais ce qui est sûr, c'est qu'en notre matière le droit n'en est pas arrivé à cette conception, débarrassée autant qu'il est possible de tout formalisme. La donation est un acte suspect, et qu'elle soit, dans la réalité psychologique vivante, une convention ou une promesse unilatérale, elle n'a de valeur juridique qu'à la condition d'adjoindre à l'acte de volonté, ou au concours de volonté d'où elle émane, une forme qui la consacre.

1. R. Worms. *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*. — Cf. Saleilles. *Théorie générale de l'obligation d'après le 1^{er} projet du Code civil allemand*, 2^e section, § 1, n° 140 et sqq.

DEUXIÈME PARTIE

DES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE LA DONATION CONSIDÉRÉE COMME FAIT

Actuellement la donation se réalise sous une multitude de formes juridiques différentes. Mais on lui applique toujours les mêmes règles de fond : elle reste par exemple soumise au rapport, et aussi à la réduction en cas d'atteinte à la réserve. Il faut donc que l'on puissela reconnaître, la caractériser comme fait, comme réalité concrète *sui generis*. La jurisprudence s'attache à deux caractères qui se complètent : un élément en quelque sorte matériel, la gratuité de l'acte ; et un élément psychologique, la volonté de réaliser cet acte gratuit, l'esprit de libéralité (1). — Voilà les deux notions dont il s'agit de préciser le sens, et d'étudier l'application.

1. Le C. civ. allemand, art. 516, tient compte de cet élément ; il ajoute à la définition de la donation : «... lorsque les deux parties sont d'accord que la disposition est à titre gratuit. »

CHAPITRE PREMIER

L'esprit de libéralité

§ 1. — L'INTENTION LIBÉRALE

Dès que la loi prétend atteindre les donations, les soumettre à des règles spéciales, sous quelque forme qu'elles se réalisent, le juge est obligé de tenir compte de l'existence de l'intention libérale. Dans le *Digeste* (1), le premier texte recueilli au titre des donations, un texte de Julien, caractérise d'abord la donation par l'intention libérale, l'« *animus donandi* ». L'expression revient souvent dans les textes de droit romain. Nous citerons seulement un texte du Code de Justinien (2), qui montre bien la fonction de la notion, son usage pratique : une constitution, attribuée à Caracalla, décide que le propriétaire des matériaux employés par lui dans une construction sur le sol d'autrui pourra les revendiquer après la démolition, « *si non animo donandi alieno solo imposita sint* », à condition qu'il ne les ait pas apportés dans l'intention de faire une donation.

1. *Digeste*, XXXIV, 5, *De donationibus*, 1, pr.

2. Code, III, 32, *De R. V.*, 2, 1.

Dans notre ancien droit, l'intention libérale continuait à jouer le même rôle, ainsi qu'on peut le voir par exemple dans un texte intéressant de Pothier (1). Une remise de dette, nous explique-t-il, peut être consentie dans des circonstances fort différentes ; la nature de l'acte dépendra de l'intention qu'aura eue le créancier en faisant la remise à son débiteur. Il pourra par exemple la consentir à titre de transaction, pour éviter un procès ; ce pourra être aussi un contrat d'atermoiement, destiné à faciliter le paiement ; enfin la remise de dette pourra être faite par affection envers le débiteur, par pure générosité, dans un esprit de libéralité. Dans ce cas, et dans ce cas seulement, elle constituera une donation, et les règles de droit spéciales à cet acte trouveront lieu de s'appliquer, par exemple, dit Pothier, les règles relatives à la révocation.

Dans notre droit, ce sont les juges du fait qui apprécieront l'existence de l'intention libérale ; leur appréciation échappera à la censure de la Cour de cassation ; et cela explique peut-être en partie l'importance que cette considération a prise en jurisprudence (2). — C'est d'ailleurs dans des conditions très variables que se posera la question.

1. Pothier, *Donations entre vifs*, sect. III, art. 3, § 3.

2. Voir p. ex. Req., 7 déc. 1885, D. 87.1, 324. — Il s'agissait de savoir si un acte était nul comme contrat commutatif contenant une condition illicite (celle de ne pas s'opposer à une action modificatrice d'état), ou valable comme donation. Voici un extrait des considérants de la Chambre des requêtes : « attendu que les juges du fond, par une

1^o Parfois, en présence d'un contrat de donation réalisé dans les formes solennelles, on peut se demander si le consentement n'a pas été vicié par des manœuvres dolosives, ou si au contraire les circonstances rendent vraisemblable l'existence de l'intention libérale. Nous citerons sur ce premier point une espèce caractéristique. Il s'agit ici, notons le bien, non pas de distinguer la donation d'un autre acte, mais de savoir si la donation est valable, notre droit annulant les actes qui émanent d'une volonté viciée.

Le 26 juillet 1874 (1), le nommé B. se rendit à 11 heures du soir chez la femme D. qui lui avait promis de le recevoir en l'absence de son mari ; sur la foi d'un signal convenu entre eux, il pénètre dans la chambre ; mais à ce moment il se trouve en présence du mari, qui le terrasse ; on envoie chercher un notaire, qui accepte sans examen la fable qu'on lui raconte, et dresse un acte par lequel B. fait donation de tous ses biens aux époux D. — Voici par quels considérants la Cour de Bordeaux, suivie par la Chambre des requêtes, annule l'acte de donation : « Attendu que, quelle que soit la qualification donnée à un acte, les tribunaux saisis d'une demande tendant à le faire annuler ont le droit d'examiner sa nature, de déterminer son véritable caractère, et de rechercher s'il

appréciation souveraine de la volonté des parties, ont constaté en fait que l'acte du 9 décembre 1880 présentait les caractères non d'un contrat commutatif, mais d'une véritable donation, c'est-à-dire qu'une intention de libéralité en avait été la cause déterminante et licite. »

1. Bordeaux, 14 août 1876, Req., 15 juillet 1878. D. 79.1.22.

réunit les conditions que la loi exige pour sa validité ; attendu que l'acte en date du 27 juillet 1874, par lequel B. a donné tous ses biens aux époux D. à condition de le nourrir et de lui servir une rente viagère de 150 francs par an, a été fait dans des conditions qui enlèvent à cet acte les caractères d'un contrat de bienfaisance » ; l'arrêt rapporte ensuite les circonstances dans lesquelles l'acte a été dressé, et continue : « *attendu qu'on ne saurait trouver dans cet acte la volonté libre de gratifier, qui est le caractère essentiel de la donation ;* que l'affection et la bienfaisance n'y ont aucune part ; que le soin pris par les époux D. de garder B. chez eux, la précipitation qu'ils ont mise à appeler un notaire prouvent qu'ils ne se croyaient pas en droit de compter sur les dispositions libérales du prétendu donateur... » En l'absence d'intention libérale, l'acte ne saurait constituer une donation.

2° En général, lorsqu'il s'agit d'une donation réalisée dans les formes solennelles, la présence du notaire constitue une sérieuse garantie contre les manœuvres dolosives. Dans les donations déguisées, cette garantie fait défaut, et il arrivera par suite plus souvent que l'on ait à se demander s'il y a eu vraiment intention libérale, ou si l'acte n'est pas le produit de la suggestion et de la captation. Voici pourtant un cas où la donation déguisée fut annulée faute d'intention libérale, et où l'acte aurait pu sans doute se réaliser dans les formes solennelles, les manœuvres dolosives consistant dans des calomnies et dans une sorte de pression morale continue, exercée sur le donateur.

Le 22 avril 1883 (1), V. P. âgé de 22 ans, épouse E. M., qui n'a que 16 ans ; il meurt le 29 octobre de la même année, laissant sa femme enceinte. Des colatéraux font croire à sa mère, la veuve P., que sa bru s'est mal conduite avant son mariage, que l'enfant n'est pas celui de son fils ; et la veuve P., pour deshériter son petit-fils, leur fait une donation déguisée : elle leur abandonne une grande quantité d'immeubles moyennant une rente viagère, alors qu'elle se sentait très malade. En raison des manœuvres dolosives, la Cour de Caen annule la donation ; et la Chambre des requêtes rejette le pourvoi dirigé contre l'arrêt, « *attendu que la volonté de donner ou de léguer est de l'essence des dispositions à titre gratuit ; que cette volonté n'existe pas lorsque le disposant, induit en erreur par des manœuvres trompeuses, n'eût point donné ou légué s'il n'y avait été déterminé par ces manœuvres et s'il eût connu la vérité ; qu'en conséquence la constatation du caractère dolosif et de l'effet déterminant des moyens de captation et de suggestion suffit pour motiver l'annulation de la disposition à titre gratuit qui en est infectée.* »

Lorsque la donation se réalise sous les apparences d'un acte onéreux, il est particulièrement important de constater l'existence ou la vraisemblance de l'intention libérale ; car c'est elle qui donnera alors à l'acte sa véritable nature, qui fera que l'acte sera traité comme une donation. On sent parfois, dans la

1. Req. 27 juin 1887. D. 88.1.103.

sévérité que la jurisprudence montre à cet égard, un reste de défiance systématique contre le procédé de la donation déguisée. — Nous citerons une série de décisions rendues dans la même affaire, et qui nous paraissent caractéristiques (1).

Jugement du tribunal civil de Niort, en date du 15 janvier 1878 : « Attendu que, si la jurisprudence a consacré parfois la validité d'un contrat contenant une libéralité déguisée sous l'apparence d'une vente ordinaire, ces décisions se produisaient toujours dans des espèces où l'intention des parties était évidente et où toutes les circonstances démontraient que cette intention commune était réellement de transmettre des biens à titre gratuit ; — mais qu'il n'en saurait être ainsi dans l'acte du 14 juin 1882, *car les époux C. qui n'avaient avec les époux J. ni lien de parenté éloignée, ni relation d'amitié, n'ont pas allégué un seul fait, une seule circonstance de nature à motiver en leur faveur une libéralité des époux J.* ; attendu au surplus que ces derniers n'ayant point d'héritiers à réserve n'auraient eu aucune raison de déguiser sous la forme d'une vente une véritable donation... » ; le tribunal décide que l'économie générale du contrat en fait une vente à rente viagère.

Arrêt de la Cour de Poitiers, en date du 12 juin 1878 : « Attendu qu'en assignant aux actes de libéralité des formes solennelles et irritantes, la loi ne

1. D. 1880, 1. 54.

peut que tolérer celles qui cherchent à se dissimuler sous le voile de l'acte à titre onéreux, à l'effet d'échapper soit à un surcroît de droits auquel certaines dispositions à titre gratuit sont assujetties, soit aux seuls dangers attachés à l'emploi de la forme ordinaire ; — qu'on n'en saurait donc consacrer l'existence de la part du juge *qu'autant qu'il ne reste dans son esprit aucun doute sur l'intention des parties* » ; la cour conclut que, l'acte ne valant pas d'ailleurs comme contrat onéreux parce que le prix n'était pas sérieusement déterminé, les parties ne se sont conformées ni aux principes qui régissent la vente, ni à ceux qui gouvernent la donation.

Enfin la Chambre des requêtes rejette le pourvoi : pour qu'il y ait donation déguisée, il faut qu'il y ait intention de donner ; en l'espèce le juge du fait constate que cette intention faisait défaut ; dès lors il n'y a pas même à rechercher si cette donation « dont la pensée même est déniée » pouvait se déguiser utilement sous la forme d'un autre contrat. — L'arrêt évite ainsi de trancher la question de la validité des donations déguisées, timidement soulevées, sans espoir de succès, dirait-on, par le tribunal de Niort et la Cour de Poitiers. En revanche la Chambre des requêtes consacre cette idée que, pour qu'une donation quelconque soit valable, il faut que l'intention libérale existe.

Il faut bien voir l'importance de la question, lorsqu'il s'agit de certaines donations déguisées. Il peut arriver qu'un contrat procure à l'un des contractants

un avantage gratuit, sans qu'il y ait libéralité ; nous avons vu déjà que, dans l'hypothèse de la constitution de Caracalla et dans celle du texte précité de Pothier, l'existence de l'intention libérale permettait seule de dire qu'on se trouvait en présence d'une donation. — Un contrat aléatoire finira presque toujours par être avantageux pour l'une ou l'autre des parties, par exemple pour l'assuré dont la maison brûle, ou pour l'acheteur à rente viagère qui n'a à payer la rente que pendant un petit nombre d'années. Il arrivera parfois que l'intention des parties donnera à l'un de ces contrats le caractère d'une véritable libéralité. — Supposons de même une vente d'immeubles consentie pour un prix inférieur aux cinq douzièmes de la valeur vraie : si c'est réellement une vente, elle donnera ouverture à l'action en rescision pour lésion. L'article 1674 interdit bien au vendeur de renoncer dans le contrat à cette action ; pourtant la jurisprudence a admis (1) que l'on pouvait voir dans l'acte une donation, irrévocable par conséquent, lorsqu'on pouvait établir l'intention libérale du vendeur.

3° La question a une importance plus constante encore dans le cas de don manuel. Souvent en effet on se trouve en présence d'un fait de détention, qui pourrait avoir pour origine un vol ou un détournement. Pour se faire traiter comme légitime possesseur, le détenteur invoque un don manuel ; et, comme on l'a vu, l'article 2279 est alors interprété non pas comme

1. Amiens 31 juillet 1894. D. 96 2.108.

dispensant d'un titre, mais comme impliquant un titre : on supposera l'existence de la donation. Les juges du fait jouiront d'une grande liberté. Ils s'attacheront particulièrement aux caractères de la possession, et aux circonstances dans lesquelles celle-ci s'est révélée. Voici quelques circonstances typiques : — Si le possesseur a cherché d'abord à dissimuler les choses qu'il prétend lui avoir été données, s'il n'a invoqué qu'après coup le don manuel, son attitude sera suspecte (1). A l'inverse si, spontanément, il a déclaré que les objets étaient en sa possession, indiquant en même temps à quel titre il les avait, le don manuel paraîtra acceptable en raison de l'indivisibilité de l'aveu (2). Si le possesseur est aubergiste de son métier, sa possession semblera équivoque (3). — Mais il s'en faut que l'on puisse formuler des règles absolues. Ainsi en général, si le possesseur cohabitait avec le prétendu donateur, la possession paraîtra équivoque (4) ; mais il peut arriver que le même fait, au lieu d'entacher la possession d'un vice, soit considéré comme la justification du don manuel (5). De même en général le fait que le prétendu donateur de titres de rente a continué à toucher les coupons rend suspecte l'allégation de don manuel ; mais on peut admettre qu'il y a eu don manuel avec réserve d'usu-

1. D. 91.2.328.

2. S. 52.2.124. — S. 87.1.313.

3. D. 94.2.438.

4. D. 66.1.347. D. 94.2.13. (cité plus loin).

5. D. 91.2.232. — Cf. 92.2.509. — 92.2.441.

fruit, la jurisprudence admettant actuellement ce mode de disposition (1). En somme le juge jouit d'un pouvoir très large d'appréciation.

Or, presque toujours, il se demande surtout dans quelle mesure le don manuel, en lui-même, est vraisemblable; il se demande si l'intention de bienfaisance a réellement existé. Parfois il y aura une déclaration du donateur qui lèvera les doutes; chose étrange, le don manuel aura alors un véritable titre, rédigé en dehors des exigences du Code civil (2). D'autres fois, le donateur aura manifesté oralement son intention (3). Parfois enfin on pèsera les raisons qu'il pouvait avoir d'être libéral, raisons de gratitude ou d'affection (4).

1. S. 81.1.15.

2. Lyon, 6 août 1874. D. 75.1.113. — La lettre adressée par le donateur à la donataire était ainsi conçue: « Je vous livre et donne dès aujourd'hui, irrévocablement et sans que personne puisse vous inquiéter, toutes les actions que je possède ; » et la cour remarque que dans ces circonstances, il est impossible de douter de l'existence du don manuel.

3. Pau, 1^{er} avril 1890. D. 91.2.232.

4. Lyon, 23 juillet 1897. D. 97.2.343. — Rarement d'ailleurs la jurisprudence s'est prononcée d'une façon aussi nette sur la nécessité d'établir d'abord la vraisemblance du don manuel invoqué; en général elle pose au moins en principe que le donataire peut se retrancher derrière l'article 2279. Voici quelques extraits des considérants de la Cour de Lyon: « Considérant, en droit, que le don manuel est soumis à la double condition d'une *intention libérale de la part de son auteur* et d'un dessaisissement actuel et irrévocable (voilà bien le don manuel considéré comme un véritable contrat réel); *qu'il faudrait donc prouver d'abord l'intention* de la veuve P. de faire une libéralité en faveur de la dame B. »

Cependant la jurisprudence a quelquefois prétendu s'en tenir à une application brutale de l'article 2279 ; et on l'a vue se refuser à apprécier la vraisemblance ou l'invraisemblance de la libéralité, tant que l'on n'a pas établi le caractère équivoque de la possession. Une note anonyme du Dalloz (1) a résumé très clairement cette attitude : c'est à celui qui prétend que l'article 2279 ne doit pas s'appliquer à le prouver. « Si cette preuve n'est pas faite, le don manuel demeure établi en vertu de la présomption de l'article 2279 ; *et il n'est pas même besoin pour cela de rencontrer la démonstration en quelque sorte directe de la donation effectuée* (2). »

Cette doctrine nous paraît inexacte : elle méconnaît la nature du don manuel, qui n'est pas un fait pur et simple, mais un mode d'activité juridique comportant un élément matériel, la tradition, et un élément psychologique, l'intention libérale. Si les circonstances sont telles qu'elles ne permettent pas de

1. Note anonyme, sous Req. 15 nov. 1831. D. 82.1.67.

2. Le même principe est rappelé par exemple dans un arrêt de la Chambre des requêtes, 16 avril 1904 (S. 1904 1.328) : « Attendu que, soit du jugement, soit de l'arrêt qui en a adopté les motifs, il résulte que le défendeur éventuel reconnaît détenir les valeurs qui lui sont réclamées, mais qu'il prétend les posséder à juste titre, en vertu du don manuel qui lui aurait été fait par la demanderesse au pourvoi ; attendu que celle-ci ne conteste pas la remise par elle effectuée, entre les mains de son neveu, des valeurs litigieuses ; qu'elle se borne à soutenir qu'elle n'a pas eu l'intention de lui en faire une libéralité ; attendu que *celui qui excipe d'un don manuel doit être présumé propriétaire des objets qui sont en sa possession...* »

supposer l'existence de cette dernière, il ne peut pas y avoir eu de don manuel ; et la situation du possesseur est juridiquement injustifiable ; comme nous l'avons indiqué plus haut (1), l'article 2279 ne joue pas ici le simple rôle de fin de non-recevoir. La jurisprudence l'a si bien senti que, dans les arrêts même où l'on proclame que la possession en elle-même suffit, on s'efforce, par une sorte de scrupule, d'arrière-pensée, d'établir que la libéralité était vraisemblable. Rien ne nous paraît plus probant en notre faveur.

Voici, par exemple, les considérants d'un arrêt de la Cour de Nancy dans une affaire de don manuel (2) : « Attendu que les consorts A. n'ont jamais méconnu qu'ils avaient entre les mains les valeurs mobilières ayant appartenu à la demoiselle C. mais qu'ils ont toujours prétendu que celle-ci les leur avait remises à titre de don manuel et pour les récompenser de l'hospitalité et des soins qu'ils lui avaient donnés ; attendu que les consorts A. opposent avec raison à l'action dirigée contre eux la possession qui, aux termes de l'article 2279 du Code civil, constitue leur titre et suffit à justifier leur droit de propriété ; — qu'ils se retranchent derrière ce titre *qui les dispense de toute preuve*, pour conserver les valeurs mobilières qu'ils détiennent et qui proviennent de la demoiselle C. ; attendu que cette possession *animo domini* n'a

1. V. plus haut, 1^{re} partie, chap. I, § 3.

2. Nancy, D. 94. 2, 13.

aucun caractère équivoque, qu'elle a été publique et paisible, que la cohabitation ne saurait l'entacher de précarité, *puisqu'au contraire elle la justifie et la légitime en expliquant comment la demoiselle C. a été amenée à faire une libéralité au profit des consorts A., auxquels elle était unie par des liens de parenté et d'affection...* » On voit bien ici, après l'affirmation du principe que la possession est un titre suffisant, la préoccupation d'apprécier la vraisemblance du don manuel. Nous ne prétendons pas que le possesseur ait à prouver rigoureusement l'existence de l'intention libérale ; mais il faut tout au moins qu'elle paraisse vraisemblable d'après les circonstances.

Evidemment, lorsque le caractère équivoque et précaire de la possession du prétendu donataire est établi, c'est à lui qu'incombe la charge de prouver le don manuel ; et alors personne ne conteste plus la nécessité d'établir l'existence de l'intention libérale. Les principes ont été posés d'une façon parfaitement claire dans un arrêt de la Cour d'Alger (1) : « Attendu que c'est sans doute aux intimées qu'il incombe d'établir le caractère équivoque et précaire de la possession de la demoiselle B. ; mais que, si elles l'établissent, ce sera à elle de prouver qu'il y a eu don manuel, c'est-à-dire remise de la main de la veuve H. à la sienne, *et à titre de libéralité*, du titre de rente dont il s'agit. » L'arrêt constate que le caractère équi-

1. Alger, 12 avril 1906. D. 1906, 2, 246.

voque de la possession est établi ; que la demoiselle B. n'offre même pas de faire la preuve du don ; et il ajoute que ce dernier est invraisemblable : le titre de rente figure sur l'état de fortune de la veuve H. ; pour expliquer le don, la demoiselle B. prétend qu'il lui aurait été fait pour subvenir aux frais du mariage de sa sœur ; mais ces frais n'ont pas dépassé 4.000 francs, et le titre en question a une valeur de 32.000 francs. La libéralité apparaît donc comme tout à fait invraisemblable.

Ainsi, en de multiples circonstances, nous voyons que la jurisprudence a pour tâche d'apprécier, d'après les circonstances, la vraisemblance de l'existence de l'intention libérale. Il se trouvera que la donation, astreinte par la loi à des conditions de forme particulièrement rigoureuses, sera admise parfois sur les présomptions les plus vagues. Sans doute dans les affaires rapportées nous voyons bien, au premier plan pour ainsi dire, l'application et l'interprétation formalistes d'un certain nombre de règles de droit. Il faudra toujours, comme nous avons tâché de l'établir antérieurement, qu'il existe un élément solennel ou réel, quand ce ne serait par exemple que la conformité de la donation déguisée avec le type normal de l'acte apparent. Mais le plus souvent la question fondamentale est de savoir si, oui ou non, il y a eu donation en fait. Nous voyons apparaître ici la conséquence pratique des idées exposées dans le premier chapitre : le droit considère, dans son dernier état, la donation comme un type d'acte ; mais bien aupa-

ravant il la considère comme un fait, et il ne cesse jamais de la considérer comme telle. Le juge au civil cherchera à en établir l'existence un peu comme le juge au criminel cherche si, oui ou non, tel crime a été commis par tel individu. Il devra, lui aussi, s'entourer de tous les renseignements qui lui permettront de sonder les consciences et d'apprécier les intentions.

§ 2. — DE LA THÉORIE DE LA CAUSE DANS LES LIBÉRALITÉS.

L'existence de l'intention libérale n'est pas seulement constatée par les arrêts ; les auteurs l'ont minutieusement analysée pour essayer de résoudre les difficultés de la théorie de la cause. On sait quelle est l'importance de cette théorie, dont les tribunaux se servent constamment pour éluder l'application de l'article 900, ou de façon générale pour annuler des donations dont la cause est immorale.

Beaucoup d'obscurités se dissiperaient certainement, si l'on réussissait à saisir, derrière les divers usages de la notion de cause, l'idée commune qui permet de les réunir. Or cette idée nous est suggérée à la fois par l'usage philosophique du mot, son sens constant en droit romain, et l'usage qu'en ont fait nos anciens auteurs. Quelques maladresses d'expression chez Pothier et les auteurs du Code ont seules, croyons-nous, mis de l'ambiguïté dans une notion qui nous paraît à la fois claire et importante.

A prendre les choses d'un point de vue simple et général, la cause, c'est la source d'un fait, ce qui le produit, ce sans quoi il ne serait pas ; et c'est aussi par conséquent ce qui l'explique. Ajoutons que la distinction classique de la cause efficiente et de la cause finale reflète une idée vulgaire. C'est à cette notion de cause finale que nous devons surtout nous attacher. On sait que l'on appelle ainsi non pas précisément un but, mais la représentation anticipée d'un but, en vue duquel nous emploierons tels ou tels moyens.

L'ablatif latin *causa*, employé comme expression adverbiale, signifie « en vertu de » mais avec une nuance plus précise : « en vue de ». C'est dans ce sens par exemple que l'expression est prise dans un grand nombre de textes juridiques (1), par exemple dans les *mancipationes* qui sont faites *donationis causa*, en vue de réaliser une donation, dans une pensée de libéralité. Noublions pas que les réalités de la vie juridique sont des réalités psychologiques, des représentations, des calculs, des intentions.

Essayons maintenant de préciser le sens du mot « causa » dans la langue juridique de Rome. Nous ne pouvons songer à cataloguer tous les textes ; mais nous relèverons les usages les plus classiques du mot, en laissant de côté son emploi au sens de « procès » (sens que le mot a d'ailleurs conservé chez nous : la cause est entendue. Cf. le « causa cognita »

1. Girard. *Textes*. p. 788 sqq. — *Digeste* XXXIX, V, 14 ; 17 ; 18.

des latins) . — Le mot « causa » est parfois employé seul dans un sens analogue à celui de l'expression « *justa causa* ». Ainsi, quand on parle de *condictio sine causa*, il s'agit d'une action qui est donnée lorsqu'un enrichissement s'est opéré sans cause légitime, c'est-à-dire sans que rien l'ait *motivé* et *l'explique* à nos yeux (1). D'autre part la *condictio ob turpem causam* vise un enrichissement qui résulte d'une prestation faite *en vue* d'un fait déshonorant ; la *condictio ob injustam causam* un enrichissement *résultant* d'un délit ou d'un acte immoral (p. ex. perception d'intérêts usuraires) ; enfin la *condictio causa data causa non secuta* est donnée au cas d'un enrichissement résultant d'une prestation faite *en vue* d'un fait licite à venir qui ne s'est pas réalisé. — Mais c'est surtout l'expression « *justa causa* » qui nous paraît susceptible de nous guider : la *lex Aelia Sentia* parle des *justae causae manumissionis*, intentions, projets légitimes *en vue desquels* on a le droit de réaliser un affranchissement qui, sans cela serait interdit (2). D'autre part la *justa causa possessionis* (ou *titulus usucapionis*) est l'événement, distinct de la prise de possession, qui la fera considérer comme fondée, comme justifiée : on prescrira *pro donato*, *pro emptore*... De même la *justa causa* qui devra accompagner la tradition pour que cette dernière transfère la propriété, ce sera, en droit développé, l'intention

1. Girard, *Manuel*, p. 621.

2. Justinien, *Inst.*, 6, 5.

abstraite d'aliéner et d'acquérir, mais c'était d'abord le fait concret dans lequel se manifeste cette intention (1) : vente, donation, ... Dans tous ces cas on est en présence d'un acte considéré comme ayant une valeur juridique, à condition que cet acte ait un antécédent psychologique, une volonté, une intention qui l'expliquent et le légitiment. De même la *restitutio in integrum* ne pourra être accordée que pour un certain nombre de *causae* réputées *justae*, par exemple *ob aetatem*, en considération de l'âge. Or précisément, dans la matière des donations, le Digeste emploie le mot de « *causa* » en ce sens ; la *causa*, c'est ce qui nous pousse à réaliser la donation, c'est le motif : « *Non sine causa obveniunt donationes, sed ob meritum aliquod* (2) ». Un autre texte parle de « *causa donandi* (3) ».

On n'est pas surpris dès lors que le romaniste Domat, auquel on fait remonter en général notre théorie de la cause, ait pris le mot en ce sens. Nous reviendrons bientôt sur son opinion. Mais nous devons signaler, ce qui a été moins souvent reconnu, que le mot est employé, avec le même sens, chez nos anciens auteurs. M. Planiol remarque que, chez Beaumanoir par exemple et dans la très ancienne Coutume de Bretagne, le mot « cause » est pris au sens d'« objet ». « Toutes convenances sont à tenir, dit Beauma-

1. Girard. *Manuel* p. 293.

2. Ulpien, au *Digeste*, XVII, II, 9

3. Ulpien, au *Digeste*, XXXIX, V, 3.

noir (1), exceptées les convenances qui sont fetes *par malveses causes* »; et les exemples qu'il cite (meurtre, faux témoignage) montrent, ajoute M. Planiol, qu'il s'agit en réalité d'un objet illicite. Sans doute ; mais si l'objet est ici qualifié de cause, c'est parce qu'il s'agit de la représentation anticipée de cet objet, que ce soit dans l'esprit de celui qui s'oblige, ou dans l'esprit de son co-contractant : la convention est faite *en vue de* cet objet. Il n'y a rien là qui ne s'accorde parfaitement avec le sens romain, et avec le sens usuel du mot cause. Il en va de même pour le texte de la très ancienne Coutume de Bretagne (2). Celle-ci exige que l'obligation ait une cause « raisonnable et honnête », et elle cite comme exemples de causes n'ayant pas ces qualités le meurtre, la fornication, qui sont, nous dit-on, les objets de l'obligation. Mais il faut bien distinguer la situation des deux contractants : pour celui qui s'engagera à commettre le meurtre, l'obligation sera viciée dans son objet ; pour celui qui s'engagera à payer le meurtre l'obligation sera viciée par sa cause, c'est-à-dire par la représentation anticipée de l'objet de l'obligation de l'autre : voilà bien l'idée de la cause finale, que nous signalions au début.

Plus tard, on voit se dégager dans notre ancien droit coutumier l'idée de la « donation causée », que l'on oppose à la donation simple. Voici par exemple un texte de la Coutume de Bretagne (rédaction de 1575) (3),

1. Beaumanoir, chap. 34. n° 2. Cf. — Planiol, II, p. 340, n° 3.

2. Très ancienne Coutume de Bretagne, art. 320.

3. Coutume de Bretagne, art. 199.

où l'on voit bien le sens de l'expression : « Nul ne peut donner plus que la tierce partie de ses immeubles par héritage, ou la moitié d'iceux par usufruit, soit de patrimoine ou d'acquêt, par donaison simple ou causée, ores que ce soit celle qu'on dit ob pias causas, ou autres. » Au xvii. siècle, Ricard (1) explique ce que c'est que la donation causée, dans les termes suivants : « *La cause témoigne le motif* qui nous a excités à faire la donation, comme si le legs est conçu en ces termes : « je lègue à la Sorbonne 100.000 écus, à cause qu'elle est remplie de personnes éminentes en doctrine. »

Telles sont les idées que nous devons garder présentes à l'esprit, non seulement pour interpréter le texte classique de Domat, (2) mais pour comprendre que l'on emploie le même mot de « cause » pour désigner des choses au premier abord fort différentes dans les contrats synallagmatiques, dans les contrats réels et dans les donations.

Dans les contrats synallagmatiques, « il se fait, dit Domat, un commerce où rien n'est gratuit, et l'engagement de l'un est *le fondement* de celui de l'autre. » L'expression est bonne, car elle fait songer à la nature psychologique de la cause. Certains auteurs modernes oublient ce caractère, et confondent la cause de l'obligation d'un des contractants avec l'ob-

1. Ricard, *Traité du don mutuel*, § 10.

2. Domat, *Loix civiles*, Liv. I, tit. I, sect. 1, n^{os} 5 et 6. — Sur l'importance historique de ce texte, voir Tarbouriech, *De la cause dans les libéralités*, Paris. 1894.

jet de l'obligation de l'autre. C'est une confusion que nous trouvons par exemple dans le Code civil espagnol (1), qui définit la cause, dans les contrats synallagmatiques, « la prestation ou la promesse d'une chose ou d'un service faite par l'autre partie » : non, c'est la représentation de cette prestation dans l'esprit de celui qui s'oblige.

Domat continue : « Et dans les conventions même où un seul paraît obligé, comme dans le prêt d'argent, l'obligation de celui qui emprunte a été précédée, de la part de l'autre, de ce qu'il devait donner pour former la convention. Ainsi l'obligation a toujours sa cause de la part de l'autre (contractant), et l'obligation serait nulle si dans la vérité elle était sans cause. » Voilà la théorie romaine de l'enrichissement sans cause ; voilà la *condictio sine causa*, qu'il y a intérêt, croyons-nous, à ne pas séparer de la théorie générale de la cause (2).

Enfin « dans les donations, l'engagement de celui qui donne a son fondement sur quelque motif raisonnable et juste, comme un service rendu, ou quelque autre mérite du donataire, ou le seul plaisir de faire du bien. Et ce motif tient lieu de cause de la part de celui qui reçoit et ne donne rien. » En résumant le texte si clair de Domat, Pothier l'a rendu vague (3) : « Dans les contrats de bienfaisance, la libéralité que

1. C. civ. espagnol, art. 1274.

2. Cf. C. civ. all. a. 871. — C. féd suisse, a. 70.

3. Pothier. *Obligations*, 43.

l'une des parties veut exercer envers l'autre est une cause suffisante. » Même ambiguïté, lors de la rédaction du Code civil, dans le discours de Bigot-Préameneu (1), qui indique d'ailleurs que son inspiration vient de Domat et de Pothier : « Il n'y a point dit-il, d'obligation sans cause, elle est dans l'intérêt réciproque des parties ou dans la bienfaisance de l'une d'elles. »

Le sens de la doctrine en question nous paraît limpide : la cause, c'est la considération en dehors de laquelle l'engagement pris serait inexplicable, apparaît comme l'acte d'un fou (2). Peu importe d'ailleurs que cette considération soit exprimée ou non (art. 1132). Quant à l'intérêt essentiel de la doctrine, c'est celui-là même qu'exprimaient nos anciens auteurs, en confondant cause et objet ; c'est celui qu'exprime l'article 1131 : « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet. » Il faut rapprocher l'article 1133 : « La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. » Peu importe que la cause ne soit pas exprimée : il est donc évident que le juge est invité par la loi à saisir, derrière l'acte, la réalité vivante qui l'explique et lui donne sa véritable signification. Cette façon de voir est confirmée par les travaux préparatoires. Dans les cas visés par l'article 1131, « il n'y a

1. *Recueil général*, t. 1, p. 20.

2. Tarbouriech. *op. cit.*, p. 13.

pas d'obligation, dit Favard (1), ou il faudrait admettre des effets sans cause ». Cette phrase n'a de sens que si l'on se place dans la conscience de celui qui s'oblige : la volonté de s'obliger ne peut avoir été engendrée, quand le motif qui l'aurait engendrée est inexistant. Son caractère illicite ou immoral le supprime aux yeux de la loi : c'est pourquoi la cause illicite est assimilée à l'absence de cause.

Il nous semble vraiment bien difficile de concevoir la cause des libéralités d'une façon abstraite, en l'opposant systématiquement aux motifs. Revenant aux idées simples et claires de Domat, par delà les formules ambiguës de Pothier et de Bigot-Préameneu, Toullier (2) définit la cause comme « le motif déterminant du contrat », disons de l'obligation, pour éviter une confusion. — Mais cette formule est rejetée par la plupart des auteurs, qui préfèrent une définition plus abstraite. La cause, dit Colmet de Santerre (3), est « le but immédiat et direct que le débiteur se propose d'atteindre en s'obligeant ». C'est, disent Aubry et Rau (4), « le motif juridiquement suffisant » ; et ils opposent la cause de l'obligation au mobile qui nous détermine à contracter. — Les auteurs contemporains analysent de façon minutieuse l'état d'âme du donateur : Je veux m'obliger, dit-on, voilà le consentement ; je veux bien ne rien acquérir,

1. *Recueil général*, t. V, p. 130.

2. Tome VI, n° 166.

3. Colmet de Santerre, t. V, § 46 bis, 1.

4. Aubry et Rau, § 345, texte et n. 4.

voilà la cause ; parce que je vous aime, voilà le motif (1).

On voit quel est le but de cette analyse : il s'agit de faire de la cause une notion juridique, indépendante des sentiments divers qu'elle recouvre. Si la cause des donations est la volonté de se dépouiller gratuitement, elle sera la même dans toutes les donations ; on pourra la considérer comme un élément essentiel et bien défini de ce contrat. Cette attitude serait en effet la seule possible dans un régime juridique où le formalisme règnerait absolument. Que ce soit bien là la pensée essentielle des auteurs que nous citons, certaines de leurs expressions semblent le prouver : « On ne peut tenir compte, dit très nettement l'un d'eux (2), que des faits qui ont pris une forme juridique. » Peut-être faut-il reconnaître la même tendance dans cette jurisprudence intéressante qui exige, pour en tenir compte, que la nature des motifs et l'intention du disposant résultent des termes mêmes employés par lui (3).

Il ne nous semble pas possible d'adopter cette attitude. Même dans les contrats onéreux, il paraît difficile de concevoir la cause comme étant toujours la même pour un même type de contrat. L'admettre, ce serait, croyons-nous, priver de sens les articles 1131-

1. Bartin, *Conditions impossibles*, p. 366. Cf. Baudry-Lacantinerie et Colin. *Donations*, chapitre I, § 3.

2. Bartin, *op. cit.*, p. 365.

3. Rennes, 4 juin 1894. D. 97. 2. 449. — L'arrêt est critiqué, au recueil de Dalloz, dans une note de M. Sarrut.

1133, qui supposent que la cause peut être tantôt licite, tantôt illicite, que par conséquent elle est variable de nature.

Aussi certains auteurs se refusent-ils à admettre la distinction traditionnelle de la cause et du motif, et rejettent-ils la notion de cause, comme indéfinissable. Nous acceptons entièrement certaines de leurs formules, celle-ci par exemple : la cause d'un acte, c'est « ce qui le rend intelligible ». Mais, bien loin que ces réflexions nous conduisent à une condamnation de la théorie du Code civil, il nous semble qu'elles lui donnent son véritable sens qui, au reste, n'a pas échappé à la jurisprudence, ainsi que nous le verrons bientôt.

Un droit évolué se refuse à considérer brutalement un acte juridique, en faisant abstraction des circonstances dans lesquelles il a été conclu ; il s'efforce au contraire de saisir, derrière le masque, sa véritable physionomie. De ce point de vue tout s'éclaire. Un contrat, un acte de donation par exemple est soumis au juge. En régime formaliste, le juge n'a qu'à voir si les formes ont été observées. Chez nous au contraire il a à apprécier le fait concret qui s'exprime dans l'acte juridique : le donateur a-t-il réellement voulu donner, ou l'acte n'est-il qu'en apparence une libéralité ? Il faut tâcher de saisir ses intentions, d'apprécier les circonstances. — Un engagement a été pris ; avait-il une cause licite ? Nous ne voyons pas ce que veut dire cette phrase, si elle ne signifie pas simplement : le but que se proposait d'atteindre celui

qui s'engageait, ou la satisfaction en reconnaissance de laquelle il s'engageait sont-ils admis par la loi et par les mœurs ? — La cause se confond-elle donc avec l'objet (1) ? Aucunement. La cause est le plus souvent la considération par l'une des parties de ce que l'autre a fait ou donné, doit faire ou donner : c'est là le seul rapport qu'il y ait entre la cause et l'objet. Un individu fait une donation à une concubine pour la payer de ses complaisances : les choses données, voilà l'objet ; la considération des faveurs de la concubine, voilà la cause de l'obligation du donateur.

La jurisprudence relative à notre matière est très abondante, surtout depuis que l'on a étendu l'application de l'article 1131 des libéralités pures aux libéralités sous conditions, de façon à éluder l'application de l'article 900 qui est certainement un texte de circonstance (2), et à faire tomber l'acte tout entier,

1. En ce sens. Laurent, t. XVI, n° 111.

2. L'article 900 a son origine dans une loi des 5-12 septembre 1791, votée alors qu'on sentait dans les classes riches une hostilité violente contre la révolution. « La haine de la révolution, disait alors Barrère (cité dans Planiol, III, § 3029), se cachera sous la forme de la volonté des mourants ou de la générosité des donateurs : des mariages seront empêchés, les mœurs altérées... ». La disposition de 1791 passa dans l'art. 1 de la loi du 5 brumaire, an II, et dans l'art. 12 de la loi du 17 nivose, an II (Duvergier t. VI) : « Est réputée non écrite toute clause impérative ou prohibitive, insérée dans les actes passés même avant le décret du 5 septembre 1791, lorsqu'elle est contraire aux lois et aux mœurs, lorsqu'elle porte atteinte à la liberté religieuse du donataire, de l'héritier ou du légataire, lorsqu'elle gêne la liberté qu'il a soit de se remarier même avec des personnes désignées, soit d'embrasser tel état, emploi ou profession, ou lorsqu'elle tend à le détourner

lorsque l'espoir de voir se réaliser la condition a été *la cause impuls'ive et déterminante* de la libéralité. Rien ne prouve mieux que ces dernières expressions la nature psychologique de la cause, telle que la conçoivent à bon droit nos juges. — Dans toute cette jurisprudence, on voit le juge considérer dans son ensemble la situation concrète qui est à l'origine de l'engagement pris.

Nous pourrions citer un grand nombre d'arrêts, relatifs surtout à des donations à concubines (1). Aucun ne serait plus caractéristique qu'un arrêt de la cour de Toulouse (2), qui annule une donation déguisée sous forme de reconnaissance de dette, d'un octogénaire à une jeune femme, qui était mariée, et ne lui était attachée ni par les liens du sang, ni par ceux d'une amitié ancienne; la cour remarque le caractère particulièrement scandaleux d'une donation qui, en raison de la forme adoptée, échappe à la nécessité de l'autorisation maritale; et la chambre des Requetes rejette le pourvoi dirigé contre l'arrêt, décide que la cour a souverainement jugé. Dans notre ques-

de remplir les devoirs imposés et d'exercer les fonctions déferées par les lois aux citoyens. » Il est certain que lors de la rédaction du Code civil (plusieurs textes le montrent), on pouvait craindre les influences réactionnaires; aussi n'est-il pas surprenant que l'on ait maintenu la disposition, dans laquelle on ne saurait voir un texte interprétatif de volonté, et qui est au contraire une mesure politique. (Cf. *Bartin. Conditions impossibles.*)

1. Cass. 26 mars 1860. D. 60.1.255. — Dijon, 22 mars 1900, D. 1901. 2.45. — Cass 21 mars 1898. S. 1903.1.403.

2. Sous Req. 30 nov. 1885. S. 86.1.316.

tion en effet, la plupart des arrêts sont motivés en fait, et échappent ainsi à la censure de la cour de Cassation.

Cette jurisprudence ne s'est d'ailleurs pas constituée sans hésitations ; et aujourd'hui encore les tribunaux se montrent réservés lorsqu'il s'agit d'étendre à de nouveaux cas la théorie de la cause illicite (1). Ajoutons que beaucoup d'arrêts sont intervenus dans des espèces où l'acte était déjà suspect en raison de sa simulation. Nous trouvons même, dans un argument du Sirey (2), une expression, à notre sens excessive, de cette idée : « A la différence des donations proprement dites, nous dit-on, dont la cause ne doit pas être recherchée, cette cause résidant uniquement dans la volonté du disposant, les donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux ne peuvent être valables qu'à la condition de reposer sur une cause licite, et elles sont nulles quand elles ont une cause illicite, telle que le maintien des relations de concubinage. » Il serait assez surprenant qu'un tribunal s'abstint de considérer le motif d'une libéralité parce que celle-ci s'est réalisée dans les formes solennelles. Pourtant la distinction s'explique : une donation réalisée dans les formes des articles 931-932 se suffit à elle-même, en quelque sorte : le juge n'a rien à chercher au delà. S'il s'agit d'une donation déguisée, il est forcé de voir ce qui s'est passé en réalité, d'examiner

1. Par exemple, Cass. 22 déc. 1896. S. 97.1.397.

2. Req. 23 juin 1887. S. 87.1.361.

les circonstances, et il est ainsi tout naturellement amené à juger des motifs de l'acte. Mais ce n'est là qu'une différence accessoire, et il semble que l'article 1131, relatif non à la forme, mais à la nature intrinsèque de l'acte, doit être appliqué dans tous les cas.

Et aussi bien, depuis les origines lointaines jusqu'aux traditions récentes qui nous inspirent, la considération de la cause des actes juridiques a tendu à nous entraîner en dehors du formalisme, vers la vie réelle, où naissent les actes juridiques et qui les explique. Il en était ainsi, lorsque le consilium institué par la *lex Ælia Sentia* se demandait si, en raison des circonstances, tel affranchissement pouvait être permis, ou lorsque le préteur se demandait si la *traditio* avait été précédée de la *justa causa* qui la rendait translatrice de propriété. Il en est encore ainsi lorsque nos juges se demandent si une libéralité a été consentie dans des circonstances licites et morales, si elle a une « cause licite ». Le juge ne pourra apprécier la légalité ou la moralité de la libéralité qu'en cessant de considérer l'acte juridique pour étudier la situation concrète dans laquelle il a sa source et son explication.

CHAPITRE II

La gratuité de l'acte

Dans la plupart des questions pratiques, il est particulièrement important de distinguer la donation, conçue comme un acte à titre gratuit, des actes onéreux. La jurisprudence se sert constamment de cette antithèse.

Elle est d'ailleurs ancienne ; nous la rencontrons en droit romain. On pourrait traduire l'expression *mancipationes donationis causa* (1) par « mancipations à titre gratuit ». La même expression de *donationis causa* signifie souvent « par bienfaisance » (2). — Non seulement la gratuité de l'acte avait une importance particulière dans un régime où la donation n'avait pas de formes spéciales. Mais, à Rome comme aujourd'hui, on cherchait parfois à dissimuler la véritable nature d'une donation pour échapper à la loi. Par exemple un mari, pour pouvoir donner à sa femme à l'époque classique, pouvait se faire passer pour un vendeur ou un débiteur ; les empereurs ont condamné ce subterfuge : « nec sibi debent mulieres

1. Girard, textes, p. 789.

2. Voir p. ex. Julien, au Digeste, XXXIX, V. 14 ; Ariston, h. t., 18.

blandiri, si tanquam venditores vel debitores ad eluendas legum sanctiones maritimarum se falso videantur esse professi » (1). — Dès qu'il s'agit de savoir si, dans le fait, un acte était réellement gratuit, les difficultés ne peuvent manquer de surgir. Il faut faire des distinctions, parfois subtiles. Par exemple (2), je te livre un esclave avec mission de l'affranchir : si tu dois l'affranchir immédiatement, il n'y a pas donation ; si tu peux le garder cinq ans avant de l'affranchir, il y a donation. De même les jurisconsultes de Rome discutèrent (3), à propos de l'action Paulienne, la question de savoir dans quelle mesure la constitution de dot constitue un acte gratuit.

L'antithèse se retrouve dans notre ancien droit. Elle se rencontre dans les textes mêmes de certaines coutumes. Nous citerons par exemple un article de la coutume de la Marche (rédaction de 1521) (4) : « Femme peut disposer de ses biens paraphernaux ou adventifs, *par titre onéreux*, durant son mariage sans l'autorité de son mari. Mais à *titre lucratif* elle n'en peut disposer entre vifs à personne quelconque sinon en faveur de mariage ou par donation mutuelle à son dit mari ». Dans une multitude de textes (5), nous voyons employer cette expression de « titre

1. F. V., 273.

2. Dig. XXXIX, V, 18.

3. Dig. XXXXII, VIII, 25.

4. Marche, art. 304.

5. P. ex. Angoumois (réd. 1514), art. 49. — Saintonge (réd. 1520), art. 63. — Dax (réd. 1514), tit. I, art. 1. — etc...

lucratif. » Et plus tard Ricard et Pothier, par exemple, examinent souvent la question de savoir si tel ou tel acte constitue un acte onéreux ou un acte gratuit.

La gratuité de l'acte apparaît naturellement comme une sorte de définition de la donation ; l'expression de « titre lucratif » est à peu près synonyme de « donation », avec peut-être un peu plus de souplesse et de généralité. — Mais la gratuité d'un acte comporte la réunion de deux circonstances. Il faut d'abord qu'il n'y ait de la part de celui qui donne envers celui qui reçoit aucune obligation préexistante dont la donation puisse paraître l'exécution. Il faut, d'autre part, que la cession soit consentie pour rien, sans contrepartie, sans contre-valeur. — Telles sont les deux formules dont nous étudierons l'application dans les deux sections du présent chapitre.

SECTION I

Absence d'obligation préexistante

Quand il y a exécution d'une obligation, il n'y a pas vraiment donation. « Donari videtur quod *nullo jure cogente* conceditur », disait Papinien dans un texte du Digeste(1), que Ricard cite au début de son traité des Donations (2). Demolombe insiste sur ce point (3), et il met la *spontanéité* de l'acte sur le même plan que la gratuité proprement dite.

1. Digeste, I, 17, De reg. jur., 82.

2. Ricard *Donations*, 1^{re} partie, chap. I, § 2.

3. Demolombe, *Traité des donations*, t. III, p. 35.

Mais, dès que l'on veut appliquer ces formules abstraites, les difficultés surgissent. Nous allons examiner les principales.

§ 1. — LA DONATION RÉMUNÉRATOIRE.

La donation rémunératoire est-elle une véritable donation ? — Le Code civil nous fournit deux éléments de solution qui peuvent paraître difficiles à concilier : l'article 909, qui prohibe les dispositions à titre gratuit en faveur des médecins qui ont traité une personne pendant sa dernière maladie, autorise les dispositions rémunératoires ; il semble donc les opposer aux donations. Au contraire l'article 960 les assimile aux donations ordinaires en ce qui concerne la révocation pour survenance d'enfant ; cet article a d'ailleurs été vivement critiqué.

Quand la donation rémunératoire constitue une véritable rémunération, une simple rémunération, elle n'a de la donation que le nom ; elle est une dation en paiement pour services rendus. Pour savoir s'il y a uniquement rémunération, il faudra comparer la valeur des choses données et la valeur des services rendus. Nous signalerons à cet égard l'annulation d'une reconnaissance de dette qu'un avocat, après avoir été largement payé, s'était fait consentir par un client acquitté en cour d'assises, comme témoignage de gratitude pour les services rendus (1). Cette déci-

1. Agen, 4 mars, 1889. S. 86.1.316.

sion fait songer au second chef de la *lex Cincia*, qui interdisait aux avocats de rien recevoir en échange de leurs bons offices : c'était une forme de donation rémunératoire qui était ainsi interdite.

Le plus souvent il s'agit de services difficiles à apprécier, dont l'évaluation est nécessairement subjective ; et alors il est bien difficile de savoir dans quelle mesure l'acte est gratuit, dans quelle mesure il est onéreux. Un homme généreux ne croira pas faire une libéralité en accomplissant un acte dans lequel des héritiers rapaces seront tout disposés à voir un acte de pure bienfaisance. Par exemple (1), le 3 mai 1872, au moment où sa gouvernante et femme de confiance le quitte pour se marier, le sieur D. souscrit l'engagement de lui faire une pension annuelle et viagère de 3000 francs en reconnaissance des services rendus. A sa mort les héritiers de D. soutiennent que cette rente est en disproportion avec les services rendus. La cour de Paris répond, avec infiniment de raison, que seul le sieur D. avait qualité pour faire cette appréciation, et qu'il a pu, en la faisant, tenir compte du montant de sa fortune personnelle qui s'élevait à plus de trois millions. L'article 909 précité indique que le juge, dans l'appréciation du caractère rémunératoire d'une disposition, doit tenir compte des « facultés du disposant » en même temps que des services rendus.

Pothier nous explique (2) d'une façon assez frap-

1. Paris, 8 novembre, 1892. S. 1894.2.191.

2. Pothier, *Donations entre vifs*, p. 85.

pante, à propos de l'insinuation, pourquoi les donations rémunératoires doivent, en règle générale (c'est à-dire à l'exception des cas dans lesquels elles sont une pure et simple dation en paiement) être traitées comme des donations : « Il y avait peu lieu de douter que les donations rémunératoires qui contiennent une énonciation vague de services incertains, dusent être sujettes à l'insinuation ; autrement il aurait été au pouvoir du notaire et des contractants d'éluuder quand ils voudraient la disposition de l'Ordonnance, en insérant dans l'acte cette clause qui par la suite serait devenue de style et aurait rendu la loi sans effet. » Pothier explique ensuite que, s'il s'agit de services certains, il y a plus de difficultés ; pourtant si le prix égale les services, il n'y a pas donation ; si le prix est différent il y a donation, sauf pour le donataire le droit de se faire payer ; et enfin si le donataire n'avait pas d'action contre le donateur, l'acte est une donation, liberalitas nullo jure cogente facta ; c'est ce qui arrive en particulier lorsque les services ne sont pas « appréciables à prix d'argent. »

Nous rencontrons ici une formule commode qui a été accueillie par la jurisprudence, et qui lui sert à distinguer le paiement de la donation (1). Mais sa valeur est peut-être plus apparente que réelle. Dans la plupart des cas il s'agit précisément de récompenser des services que l'on ne paie pas, au sens propre du terme. Dans le cas de l'article 909 la disposition

1. V. par ex. Cass., 7 janv. 1862. D. 62, I. 188.

en faveur du médecin est certainement distincte du simple prix de ses visites, plus large, plus libérale. De même, on sait que l'on désigne sous le nom d'adoption rémunératoire l'adoption à la suite d'un sauvetage (art. 345), qui est soumise à des conditions moins rigoureuses que l'adoption du droit commun. On déforme nécessairement la vérité, si l'on se refuse à accepter la notion de la rémunération, notion originale, intermédiaire entre l'idée d'un véritable paiement et l'idée d'un acte de bienfaisance pure.

§ 2. — DONATION ET OBLIGATION NATURELLE

Lorsqu'une personne s'acquitte d'une obligation naturelle, fait-elle un paiement ou une donation? Il n'y a guère là qu'une généralisation de la question précédente : la donation rémunératoire est faite en considération d'une sorte de dette naturelle.

Le donataire n'avait pas d'action contre le donateur; il n'y avait pas de *jus cogens* : voilà pourquoi on a pu croire qu'il y avait vraiment donation (1). Mais l'article 1235, § 2 décide que, dans le cas d'obligation naturelle, il n'y a pas lieu à répétition : il semble donc bien qu'il y a eu paiement (2). — La question se complique en raison de l'obscurité même de l'idée d'obligation naturelle : on sait que l'on se demande

1. Laurent, t. XII, n° 337, 355, t. XVII, n° 29.

2. Spécialement, note de M. Balleydier, sous Cass., 5 avril 1892.
S. 95.1.129.

s'il faut identifier devoir de conscience et obligation naturelle (1), ou si au contraire il faut les distinguer (2). Il nous semble qu'il ne saurait y avoir là que des différences de degré, et non de nature : on appellera obligation naturelle un devoir moral qui, sans être civilement obligatoire, sera absolument consacré par l'opinion ; on appellera devoir de conscience une obligation qui sera moins impérieuse, moins communément reconnue, qui impliquera une certaine délicatesse morale. Mais vraiment, toutes les fois que l'existence d'un sentiment de ce genre sera certaine, il serait étrange de voir dans l'acte une donation.

La jurisprudence est chaotique ; et nous y rencontrons certains arrêts qui ont étendu la notion de donation d'une façon vraiment extraordinaire.

Un commerçant était sans ressources et sans crédit. Il voulait emprunter 10.000 francs ; sa femme seule inspirait confiance au prêteur ; elle s'obligea comme caution. Pour la dédommager d'une perte éventuelle, son mari contracta à son profit une assurance de 10.000 francs. Les affaires continuent à aller mal ; le mari tombe malade, se retire près de sa mère, et signe un avenant qui transporte à cette dernière le bénéfice de l'assurance. Le tribunal et la cour de Bourges estiment que le contrat ne constituait pas une véritable libéralité et n'était pas révo-

1. Duranton, t. X, n° 34. Demolombe, *Donations*, t. III, n° 38.

2. Aubry et Rau, t. IV, p. 4, § 297, n° 3. — Laurent, t. XVII, n° 2.

cable. Mais la cour de Cassation décide que la stipulation faite par le mari pendant la durée de la communauté ne pouvait constituer une récompense, et qu'elle n'était par conséquent qu'une libéralité (1). M. Labbé, dans sa note sous l'arrêt, se refuse à admettre que l'équité soit ainsi satisfaite, et revendique pour les juges du fait le droit de décider s'il y a eu, oui ou non, libéralité.

Les époux P.-L. avaient vendu à leur fils Charles-Louis un immeuble pour la somme de 74.000 francs. Trouvant ensuite que ce prix était excessif, ils en avaient consenti la réduction en lui donnant quittance d'une somme de 25.000 francs. Au décès de P. père, Charles-Louis resté débiteur de son prix invoqua sa quittance; il reconnut plus tard qu'elle était fictive, mais prétendit qu'elle constituait à son égard une libéralité précipitaire. Ses cohéritiers contestèrent ce caractère et réclamèrent contre lui la déchéance édictée par l'article 792. Le tribunal civil de Boulogne-sur-Mer admet la thèse de Charles-Louis, en remarquant qu'il est absolument établi en fait « que P. père, s'inspirant de considérations d'équité, *et en vue de rétablir entre ses enfants un équilibre qu'il estimait avoir été rompu sans cause juste* au préjudice de Charles-Louis, l'un d'eux, a voulu, sans intention de fraude à l'égard de ses autres enfants ou petits-enfants, sous les apparences de paiements effectués et reçus, faire à Charles-Louis P. don de

1. Cass., 22 févr. 1893. S. 1894.1.65.

la somme de 25.000 fr ». Mais la cour de Douai refuse de suivre le tribunal de Boulogne, admet qu'il y a eu dissimulation d'un don dépassant la quotité disponible et que l'article 792 doit s'appliquer (1).

— En note, M. Colin critique à juste titre cet arrêt, en remarquant qu'il y a extension abusive de l'article 792 destiné à assurer le rapport et non à protéger la réserve, et qu'en outre la quittance des 25.000 francs apparaît presque comme l'exécution d'une obligation naturelle, qu'en tous cas elle ne constituait pas une pure libéralité.

Dans d'autres décisions, il est vrai, la jurisprudence admet qu'il n'y a pas libéralité lorsque le prétendu donateur avait simplement l'intention de réparer un préjudice qu'il avait causé. En voici un exemple (2): Un mari, pour réparer le préjudice causé à la communauté par ses pertes au jeu, se reconnaît, lors de la liquidation de la communauté, débiteur envers elle de certaines sommes. Quelques années après, il demande la nullité de la liquidation, en soutenant, parmi d'autres moyens, qu'il y a eu de sa part libéralité, et qu'une libéralité entre époux est révocable. Le tribunal de Valence, la cour de Grenoble, la cour de cassation rejettent successivement ses prétentions. Sur le moyen qui nous intéresse, voici l'appréciation de la cour suprême: « [attendu que] le fait d'éteindre une obligation naturelle, dans le but de réparer le

1. Douai, 8 juillet 1897. D. 99.2.73.

3. Cass., 5 avril 1892. S. 95.1.129.

préjudice que l'on a causé, ne saurait être confondu avec la pensée de libéralité qui porte une personne à en enrichir une autre par une donation. »

C'est là, semble-t-il, la solution la plus équitable. Et pourtant, dans deux autres questions qui se rattachent à la théorie de l'obligation naturelle, nous voyons encore la jurisprudence incliner à étendre l'application de l'idée de donation.

Nous voulons parler d'abord de la renonciation à une prescription acquise. Naturellement, s'il s'agit de la prescription d'une dette simulée ou déjà éteinte, la renonciation constitue une libéralité déguisée. Mais s'il s'agit d'une dette réelle et non éteinte, il n'y a pas véritablement libéralité, mais maintien d'une obligation préexistante. « La renonciation, dit M. Bufnoir (1), c'est la reconnaissance du droit d'autrui, la satisfaction donnée à un scrupule de délicatesse et de conscience. » Or dans cette question aussi, on a vu la jurisprudence se prononcer en faveur de l'attitude qui paraît la moins équitable (2).

Ses décisions sont peut-être plus surprenantes encore dans la matière des pensions alimentaires. Pour qu'il y ait pension alimentaire dans les termes de l'article 205 du Code civil, il faut que le taux de la pension reste variable selon la situation de fortune du constituant et du bénéficiaire. Ainsi, par acte notarié du 16 décembre 1886, G... avait déclaré cons-

1. Bufnoir. *Propriété et contrat*, p. 166. — Cf. Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescription*, 2^e éd., n° 83.

2. Cass., 22 juillet 1895, S. 1899.1.43, V. la note sous cet arrêt.

tituer à M^{me} G... sa mère une pension annuelle de 6.000 francs jusqu'à sa mort, dont ses héritiers seraient tenus conjointement : la Cour de cassation décida que la pension, étant transmissible et invariable, constituait une véritable donation, que la régie pouvait soumettre au droit de 2,50 %. La jurisprudence est fixée depuis cet arrêt (1) : elle a été critiquée dans une note décisive de M. Wahl, sous l'arrêt cité. M. Wahl remarque que, si la pension est constituée à titre gratuit, elle est passible du droit de donation ; mais si elle est constituée en exécution de l'article 205 du Code civil, on ne peut plus la considérer comme une libéralité ; on ne peut plus dire que le débiteur confère un avantage purement gratuit, le contrat est « la reconnaissance d'une obligation dont le titre se trouve dans la loi ». L'invariabilité de la pension en fait, selon la Cour de cassation, une donation ; de sorte qu'on peut résumer ainsi son système : « La constitution d'une pension alimentaire, conformément aux articles 205 et suivants du Code civil, n'est pas une donation au profit du créancier, si elle peut s'augmenter suivant les éventualités de l'avenir ; le créancier sera, au contraire, un donataire, si la pension est insusceptible d'augmentation à son profit ! »

L'étude de la jurisprudence relative à l'obligation naturelle nous conduit à la même conclusion que l'examen des cas de donation rémunératoire. Entre

1. Cass., 29 nov. 1893, S. 1894.1.465.— Cf. Trib. Seine, 2 juillet 1898 dans *Journal de l'Enregistrement*, n° 25552. — Cf. Trib. Versailles, 23 févr. 1900, S. 1901,2.255.

l'acte de pure bienfaisance et l'acte qui n'est que l'exécution d'une obligation, il y a des cas intermédiaires. On se trompe nécessairement en voulant les faire rentrer dans l'une ou l'autre des catégories extrêmes. Il est d'autant plus étonnant que la jurisprudence se soit laissée entraîner souvent à étendre la notion de donation, qu'elle pouvait trouver dans notre droit une indication très nette en sens contraire. Nous voulons parler des donations qui sont faites en vue de l'exécution d'un devoir de convenance ou par conformité à l'usage.

§ 3. — LES PRÉSENTS D'USAGE.

Une tradition juridique incontestable distingue les simples cadeaux d'usage des véritables donations. Quelques textes de Pothier vont nous permettre de préciser cette distinction que nous retrouverons en droit contemporain.

On sait qu'à l'époque de Pothier les donations entre mari et femme étaient prohibées ; mais on permettait les présents conformes à l'usage. Pourtant si, à l'occasion du jour de l'an ou de l'anniversaire de sa naissance, un mari faisait à sa femme un cadeau considérable, c'était une véritable donation. Le droit romain décidait déjà en ce sens. Pomponius nous dit (1) : « Si vir uxori munus immodicum kalendis martiis aut natali die dedisset, donatio est. » Mais il ne manque

1. *Dig.*, XXIV, I, 31, s.

pas d'ajouter : « Sed si impensas quas faceret mulier quo honestius se tueretur, contra est. » Ce que Pothier commente (1) en disant qu'il n'y a pas donation si le mari fait cadeau à sa femme d'une garniture de tête pour paraître à une fête ; de même il n'y a pas donation, si une femme donne à son mari une veste qu'elle lui a brodée, une douzaine de chemises faites du lin qu'elle a filé. Et si un mari donne à sa femme de l'argent pour les frais d'un voyage, celle-ci n'aura point à rendre les économies qu'elle aura pu faire. De même un mari pourra fort bien prêter à sa femme ses bœufs de labour ou, s'il vit aux colonies, quelques-uns de ses nègres.

Le droit romain interdisait déjà aux gouverneurs de recevoir des donations de leurs administrés (2). Les ordonnances reprennent cette interdiction (3). Pourtant l'ordonnance d'Orléans permettait aux juges de recevoir des princes et seigneurs des pièces de gibier prises dans leurs forêts. « Je ne pense pas, disait Pothier à cet égard, qu'on puisse regarder comme concussionnaire un juge qui aurait reçu un pareil présent, qui ne coûte rien à celui qui le donne, et qui n'enrichit pas celui qui le reçoit ; *ce n'est pas à proprement parler un don, mais une politesse que ce seigneur fait ; et le juge qui l'accepte doit être présumé*

1. Pothier. *Donations entre mari et femme*, § 34, § 36.

2. *Dig.*, I, 18, De off. dræsid., 18.

3. Ord. de Philippe le Long (1320) pour les baillis et sénéchaux. — Ord. d'Orléans, a. 43, pour les juges royaux. — Cf. Ord. de Moulins, a. 19 et 20. Ord. de Blois, a. 114.

l'accepter non par cupidité, mais par respect pour celui qui le donne (1). »

La Coutume d'Orléans, article 309, décidait, comme beaucoup d'autres, que les « nourritures, entretènements, instructions et apprentissages ne se rapportent ». Beaucoup de coutumes ajoutent les « frais de nocés et banquets » (2). Mais en général les « habits nuptiaux » et trousseaux se rapportent. — Les livres ne se rapportent pas ; mais s'il s'agit d'une bibliothèque importante, il y a lieu à rapport. Les frais d'apprentissage et ceux de licence ne se rapportent pas ; mais ceux de maîtrise et ceux de doctorat se rapportent. On n'a pas à rapporter les frais d'équipage qui ont été payés lorsqu'on partait au service ; mais il faut rapporter ce qui a été donné pour l'achat d'une compagnie (3).

C'est à cette tradition que se rattache notre article 852 : « Les frais de nourriture, d'entretien, d'éducation, d'apprentissage, les frais ordinaires d'équipement, ceux de nocés et présents d'usage ne doivent pas être rapportés. » La jurisprudence a eu quelques hésitations sur la portée de cet article. Elle avait une tendance à exempter de rapport toutes les donations modiques prises sur les revenus (4). La Cour de cas-

1. Pothier. *Donations entre vifs*, § 7.

2. Ferrière. *Compilation*, art. 303, § 5, n° 15, remarque que, s'ils sont dispensés du rapport, c'est qu'ils sont faits pour la satisfaction des père et mère plutôt qu'à l'avantage des mariés.

3. Pothier. *Successions*, chap. IV, art. 2, § 3.

4. V. p. ex. Bourges, 10 déc. 1879. D. 81.2.22. — Orléans, 2 août 1890. D. 91.2.209.

sation a jugé (1) que c'était la nature seule de la dépense qu'il fallait considérer : rentre-t-elle ou ne rentre-t-elle pas dans les catégories énumérées par l'article 832 ? Il n'y a pas d'autre critère dans la loi. Nous verrons cependant que la question reste encore ouverte (3^e partie, § 2).

La question du rapport n'est pas la seule dans laquelle intervienne cette notion des présents d'usage. Ainsi, quoique la donation soit formellement interdite au tuteur, on lui permet de faire au nom de son pupille les cadeaux d'usage (2). De même la femme séparée, qui reste incapable de faire des donations, peut faire de menus présents (3). C'est encore en vertu de la même idée que le produit des quêtes et fêtes de charité n'est pas traité comme une donation (4).

Dans d'autres cas encore, la jurisprudence a l'occasion d'appliquer la distinction entre le cadeau d'usage et la donation. Nous citerons par exemple un jugement du tribunal d'Annecy (5). J. F. D. réclamait à l'ex-fiancée de son fils la restitution de bijoux d'une

1. Cass. 13 avril 1899. D. 1901.1.233.

2. Planiol. *Traité*, t. I, § 1908.

3. Planiol. *Traité*, t. III, § 1454.

4. Voir p. ex. D. 80.2.11. — 82.2.57. — 98.1.199.

5. Jugement du 20 avril 1883, sous Cass. 9 août 1887. S. 87.1.313. Le jugement fut d'ailleurs cassé par application du principe de l'indivisibilité de l'avou : en avouant posséder les bijoux, l'ex-fiancée avait prétendu qu'ils lui avaient été laissés par J. F. D. en réparation du préjudice que lui avait causé la rupture du mariage. — Voir la même antithèse du cadeau et de la donation dans un arrêt de la Cour d'Angers, sous Req. 10 déc. 1906. S. 1909.1.574.

valeur de 420 francs, après que le mariage eût été cassé : « Les objets revendiqués, dit le tribunal, ne sauraient, en raison de leur nombre et de leur valeur, être considérés comme de simples cadeaux de noces donnés suivant l'usage comme témoignage de sympathie ou de satisfaction, mais plutôt comme un moyen d'établissement et pour composer le trousseau, et par conséquent constituent une véritable donation ; l'intention du donateur n'avait point été de faire un simple présent de noces, si l'on retient que sa libéralité n'est pas en rapport avec sa position et sa fortune, ni avec la position et la fortune de la famille F. dont les ressources sont les ressources ordinaires de simples agriculteurs. »

Certes, malgré la décision formelle de la Cour de cassation plus haut rapportée, la modicité même des cadeaux en question dut être une raison puissante de les distinguer des donations. Cela ressort avec évidence des textes et des arrêts eux-mêmes. Pourtant il y a bien, au fond de cette question, une autre idée qu'il faut mettre en relief. Lorsqu'un devoir de convenance nous contraint à une certaine dépense, qu'il s'agisse d'un cadeau ou qu'il s'agisse de l'éducation de nos enfants, il est sûr que nous ne donnons pas, à proprement parler. S'il n'y a pas *jus cogens*, il y a tout au moins *mos cogens*. Or les cas de ce genre sont peut-être plus fréquents et plus importants qu'il ne semble au premier abord : c'est ce que nous allons maintenant essayer de montrer.

§ 4. — SOUVENT LA DONATION N'EST PAS UNE
LIBÉRALITÉ PURE, MAIS L'ACCOMPLISSEMENT D'UN DEVOIR

Très souvent la donation n'est que l'exécution d'un devoir social. Chez les peuples les plus divers on peut le constater ; nous emprunterons quelques exemples à des civilisations fort différentes de la nôtre, et nous étudierons spécialement le fait dans l'ancienne Rome et dans notre ancien droit.

Dans beaucoup de sociétés nous constatons l'existence d'un devoir d'assistance ou d'entr'aide, qui est peut-être un débris de la propriété collective, qui, en tous cas, implique au sein d'un groupe social une solidarité très forte. Ainsi, dans les cités lombardes(1), les vicini, familles privilégiées à certains égards, doivent secourir les membres de l'une d'entre elles tombés dans la misère. Chez les Bédouins contemporains (2), la richesse oblige à des libéralités souvent ruineuses : le pauvre a droit à l'hospitalité et à l'assistance de ses parents ou du chef du clan. Chez les Herero (3), on peut toujours en cas de besoin se ser-

1. Alessandro Lattes, *Il diritto consuetudinario nelle città lombarde*, Milan, Hoepli, 1899 ; dans *Année sociologique*, 1899-1900.

2. Jaussen, *Coutumes des Arabes au pays de Moab*, Paris, 1908 ; et Musil, *Arabia Petrea*, III, Vienne, 1908 ; dans *Année sociol.*, 1906-1909, p. 325.

3. F. Meyer, *Wirtschaft und Recht der Herero*, Berlin, 1905 ; et J. Irle, *Die Herero*, Gutersloh, 1906 ; dans *Année sociol.*, 1905-1906, p. 395.

vir de la chose d'autrui. De même chez les Hébreux (1), les hommes devaient s'entr'aider gratuitement ; et c'est de cette idée que sortit la prohibition du prêt à intérêt. Il y a là un phénomène d'une extrême généralité.

Pour le droit romain, l'idée a été mise en relief par M. Cuq (2). Les donations, au témoignage de Polybe et de Plaute, n'étaient guère dans les habitudes romaines ; et dans les exemples anciens qu'on nous en rapporte, la donation ne procède pas d'un véritable sentiment de libéralité, mais de la pensée d'un devoir à remplir : c'est un individu qui rachète un parent captif, qui paie ses dettes, qui l'aide à doter sa fille ; c'est un plaideur qui témoigne sa reconnaissance à son avocat ; c'est un client qui vient en aide à son patron (3). — Il s'agissait si peu d'actes de pure bienfaisance que, sous couleur d'obligations à remplir, on voyait se commettre des sortes d'escroqueries. C'est cet état de choses qui motiva le vote de la *lex Publicia*, interdisant de donner aux riches autre chose que des flambeaux de cire (4), et le vote

1. Hejel. *Das alttestamentische Zinsverbot*, Fribourg-en-Brisgau, 1907 ; dans *Année socio.l.*, 1906-1909, p. 423.

2. Cuq. *Institutions*, t. I, liv. III, chap. VIII, p. 556 sqq.

3. Cic. *De off.* II, 15, 18. — Denys, II, 10. — Liv. V, 32 ; XXXVIII, 60.

4. Macrobo. *Saturnales*, I, 7, 33 : « Cum multi occasione Saturnaliorum per avaritiam a clientibus ambitiose munera exigent idque onus tenuiores gravaret, Publicius tribunus plebis tulit non nisi cerci ditioribus missitarentur. » Cf. Plut., Rom., 13. — Cf. Liv. XXXIV, 4 : le moindre service rendu par un patricien à un plébéien devenait une occasion d'extorquer une donation.

de la *lex Cincia* qui interdisait de façon générale les donations excessives, et qui interdisait plus spécialement aux avocats de recevoir quoi que ce soit pour prix de leurs plaidoiries (1). Ainsi à Rome la donation primitive est fort loin d'être une libéralité pure.

Il n'en va pas autrement aux origines de notre droit. A la fin de l'Empire romain s'étaient développées les libéralités pieuses (2) : en les faisant on se conformait à un usage, on remplissait son devoir de chrétien. Les Pères de l'Eglise rendirent normale, en la limitant, cette coutume : ainsi Saint-Augustin conseille de laisser une part d'enfant à Jésus-Christ, c'est-à-dire à ses pauvres. Depuis Clovis, les donations pieuses sont très nombreuses : grands et petits cherchent à s'assurer la faveur divine, et pour cela la faveur de l'Eglise. La rédaction même des actes montre que le donateur compte sur une sorte de contre-valeur : il dispose très souvent « *pro merito animae* » ; souvent il donne son bien afin que l'on dise des prières pour le repos de son âme. — Ces actes sont d'abord des donations entre vifs, à effet immédiat ou reporté *post obitum*, mais toujours irrévocables. Plus tard, quand se fut établi l'usage du testament, Beaumanoir nous montre bien ce que

1. Cic. *In Q. Cæcil.*, 20. — Tac. *Ann.* XI, 5. — M. Senn (*Leges perfectæ, minus quam perfectæ et imperfectæ*), a même émis l'idée que primitivement le premier chef de la *lex Cincia* n'était peut-être pas distinct du second.

2. Cf. sur toute cette question H. Auffroy. *L'évolution du testament en France.*

sont en réalité les dispositions gratuites : (1) on doit spécifier « toutes les dettes et tous les torts » dont on peut se souvenir, et assurer leur réparation ; « après on doit dire ce qu'on veut laisser et départir pour son âme par raison d'aumône. » L'idée de libéralité est toute proche, on le voit, des idées de rémunération et de réparation des torts.

Nous ne voulons pas dire assurément que les actes de pure libéralité aient été inconnus au moyen âge. Dans un texte célèbre, Tacite (2) nous dit que les Germains aimaient donner : « gaudent muneribus. » Grégoire de Tours fait souvent allusion à des donations faites par le roi ou les grands à leurs fidèles. Encore faut-il remarquer que l'idée de rémunération ou de récompense apparaît souvent ici. Plus tard, Beaumanoir énumère parfois les « dons » à côté des « aumônes » et « restitutions » (3). Mais ce qui est sûr, c'est qu'aux époques mérovingienne et carolingienne, au moment où s'élaborent quelques-unes de nos traditions juridiques, les libéralités pieuses, c'est-à-dire des libéralités que l'on exécute pour obéir à un devoir ou tout au moins pour se conformer à un usage sont au premier plan.

On voit donc bien que, si l'on veut définir la donation comme un acte purement gratuit, on se condamne à n'en pas comprendre la véritable nature.

1. Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, chap. 12, n° 39, n° 58 (cf aussi n° 17).

2. Tacite, *Germ.* 21.

3. Beaumanoir, *op. cit.*, chap. 12, n° 39.

Car ce que nous venons de dire ne s'applique pas uniquement aux origines du droit : cela est vrai de toute époque. Combien de donations, à l'époque contemporaine, ont le caractère rémunératoire ; combien sont faites pour réparer un préjudice causé ! Nous citerons seulement à l'appui de notre idée la jurisprudence, abondante et très remarquable, qui se rapporte aux donations à concubines. Notre ancien droit les proscrivait absolument ; la jurisprudence moderne les annule encore, lorsque la somme donnée apparaît comme le prix de complaisances coupables. Mais elle la considère parfois comme la *réparation du préjudice* matériel et moral causé à la femme séduite, ou devenue mère, par son amant (1). Ajoutons que l'on pourrait peut-être assimiler dans quelque mesure aux libéralités pieuses d'autrefois les libéralités philanthropiques d'aujourd'hui : combien d'entre elles sont inspirées par le sentiment délicat d'un véritable devoir social.

Ainsi l'antithèse aujourd'hui classique entre la véritable donation et la simple exécution d'une obligation comporte, dans la pratique, toutes sortes de réserves. Entre la libéralité pure et l'obligation rigoureuse, il y a certainement de nombreuses situations intermédiaires.

1. V. par ex. Trib Lyon, 21 juill. 1358. D. 60.1.256. — Grenoble, 23 janv. 1864. S. 64.2.222. — Aix, 10 janv. 1878. S. 78.2.211. — Rennes, 7 mars 1904. D. 1905.2.305.

SECTION II

Absence de contre-valeur

De même qu'un acte n'est pas une donation lorsqu'on l'accomplit pour s'acquitter d'une obligation, de même il n'en est pas une lorsqu'on l'accomplit dans la pensée d'obtenir une contre-valeur. Mais, plus encore que la première, cette seconde formule se révèle difficile à appliquer : c'est ce dont nous avons maintenant à nous rendre compte.

§ 1. — LE DON MUTUEL.

La donation mutuelle est-elle une donation ? Cette question avait dans notre ancien droit une importance extrême, car c'était là en général la seule forme de donation permise entre époux, et c'était par suite un acte très fréquent.

Ricard (1) soutint que la donation mutuelle n'est pas une donation. « Le don est un acte qui a pour principal objet la libéralité ; or dans le don mutuel les deux parties rencontrent réciproquement du profit... Si le don mutuel est égal de part et d'autre en toutes ses circonstances, il ne retient rien de la qualité des donations que le nom ; c'est un contrat irrégulier, do ut des, *une espèce d'échange fait avec le hasard de la survie*, qui doit par conséquent passer

1. Ricard. *Traité du don mutuel*.

au rang des contrats onéreux. » Le cas est analogue à celui du marchand qui achète à un pêcheur « un jet de rets dans la mer » ; il est analogue à la convention de rente viagère, consentie par « ceux qui envoient leur argent à la Banque de Venise, avec cette paction que par leur mort le principal demeurera à la Banque, au moyen de ce qu'elle se charge de leur payer pendant leur vivant des intérêts excessifs » : personne ne verra des donations dans ces contrats. — Par conséquent il ne faut pas s'arrêter au terme de don mutuel : il faut traiter cet acte conformément à ce qu'il est en réalité, c'est-à-dire comme un contrat onéreux. Par exemple la donation mutuelle n'aura pas besoin d'être insinuée ; elle ne sera pas révocable par survenance d'enfant. Mais aussi les circonstances devront être équivalentes pour les deux parties, et Ricard considère comme étant de droit commun la disposition, écrite seulement dans quelques coutumes (1), d'après laquelle il ne doit pas y avoir de forte disproportion d'âge entre les époux pour qu'il puissent se faire don mutuel.

L'Ordonnance de 1734, qui suivit si souvent l'avis de Ricard, ne le suivit pas sur ce point. Elle soumit les donations mutuelles à l'insinuation et les déclara révocables par survenance d'enfant. — Pothier (2) explique ces dispositions et essaie de refuter la théorie de Ricard. Les donations mutuelles « ne sont pas à la

1. Auxerre, art. 222. — Bar, art. 163.

2. Pothier, *Donations entre mari et femme*, § 130.

vérité, dit-il, ni si pures ni si parfaites que l'est une donation pure et simple ; mais elles ne laissent pas d'être de véritables donations». En effet « c'est principalement l'intention qu'ont eue les parties en contractant qui règle la nature du contrat. » Dans le contrat de jeu, chaque joueur se propose de gagner et n'a aucunement l'intention de faire du bien à l'autre. Au contraire, quand deux proches parents ou deux amis se font un don mutuel en cas de survie, il y a lieu de présumer que leur principale intention a été de faire du bien à l'autre partie après leur mort ; ces donations sont donc de véritables donations, « ad quas se mutuis affectionibus provocaverunt, puisqu'elles ont pour principe la bienfaisance qui fait le caractère des donations. »

Cependant il était impossible de méconnaître ce qu'il y avait de juste dans l'argumentation de Ricard. Pothier lui-même explique (1) de la façon suivante que le motif de l'insinuation subsiste pour les donations mutuelles : les héritiers doivent savoir que le donateur s'est dépouillé, et il importe peu qu'il l'ait fait ou non dans un esprit de pure libéralité. — D'autre part, quand il y a survenance d'enfant, si la donation de l'un des contractants est révoquée, l'autre l'est aussi ; car il l'a faite, dit Pothier, (2) *en considération de celle qu'il recevait*. Voilà un aveu à retenir. — Au reste, l'Ordonnance de 1731 ne soumettait

1. Pothier. *Donations entre vifs*, sect. II, art. 3, § 1.

2. Pothier. *Donations entre vifs*, sect. III, art. 2, § 1.

pas les donations mutuelles à toutes les formalités des donations : par exemple l'acceptation expresse n'était pas nécessaire (1). — Mais ce qu'il y a de plus probant encore, c'est le fait même que les donations mutuelles étaient en général permises entre époux à l'exclusion de toute autre. Et Pothier lui-même en donne (2), avec une clarté parfaite, la raison ; on croirait lire Ricard : « Les avantages que ces actes renferment ne sont qu'improprement des avantages, ce que le survivant reçoit du don que lui a fait le prédécédé n'étant pas tant un avantage que lui ait fait le prédécédé que le *prix du risque* qu'il a couru d'en laisser autant ou presque autant au prédécédé, si ce fut lui qui eût survécu. »

La conclusion semble évidente : la donation mutuelle n'est pas un pur contrat aléatoire, et elle n'est pas non plus une véritable donation. Il faut ajouter qu'en général elle n'avait pas lieu uniquement en considération des deux conjoints, mais aussi en vue de la continuation de la vie de famille, et par exemple en vue de la charge d'élever les enfants.

La question a certainement aujourd'hui une moindre importance que sous l'ancien régime. Mais elle se pose encore dans les mêmes termes (3). On se demande encore s'il faudra appliquer à la donation mutuelle la révocation pour survenance d'enfant ou

1. Ord. de 1731, art. 46.

2. Pothier. Explication de l'art. 68 de la Coutume de Dunois, n° 6.
(App. du *Traité des donations entre vifs*.)

3. Cf. Planiol, *Traité*, III, § 2507.

pour ingratitude ; on se demande encore si, l'une des deux dispositions tombant, l'autre doit tomber aussi. Il faudra, dit-on, examiner l'intention des parties pour savoir s'il y a eu une sorte d'échange ou une véritable donation ; solution qui nous semble prêter à une double critique. Il est toujours un peu fâcheux de charger les juges du fait d'établir selon les cas une distinction sur laquelle les jurisconsultes ont longtemps discuté sans arriver à s'entendre : on s'expose à voir adopter des solutions divergentes dans des espèces identiques. Et de plus, il nous semble que dans beaucoup de cas l'espoir d'un gain aléatoire se mêlera dans des proportions indiscernables à l'intention de bienfaisance.

Voici une espèce typique dans laquelle la Cour de cassation, en deux procès différents (1), a cassé la décision des cours d'appel. Il s'agissait dans les deux cas d'un acte d'acquisition d'immeuble, dans lequel chacun des acquéreurs en commun stipulait qu'à son décès sa part accroîtrait aux survivants, jusqu'au dernier, lequel demeurerait propriétaire de la totalité de l'immeuble. La Cour suprême décida que cette convention constituait un contrat à titre onéreux et non une donation.

Souvent il y aurait lieu de reconnaître, croyons-nous, qu'on se trouve en présence d'un type d'acte intermédiaire, qui ne peut se classer rigoureusement ni dans les actes onéreux ni dans les actes gratuits.

1. Cass. 9 avril 1856. D. 56.1.157. Cass. 14 juin 1858. D. 58.1.252.

§ 2. — LES DONATIONS AVEC CHARGES
STIPULÉES DANS L'INTÉRÊT DU DONATEUR

Il est assez délicat de distinguer la condition et la charge. Ce qui est énoncé sous forme de condition, c'est très souvent une charge ; souvent on emploie dans l'acte le gérondif : « en payant, en faisant ». Dumoulin (1) estime que si ces mots se rapportent à un verbe au futur, ils rendent le legs conditionnel ; s'ils se rapportent à un verbe au présent, il y a seulement charge. — On peut dire que le terme de condition est plus compréhensif que celui de charge : ce dernier ne peut désigner qu'une prestation imposée au donataire ; la réalisation de la condition peut être indépendante de la volonté de ce dernier, et elle peut ne comporter aucun sacrifice de sa part. — On a dit enfin que la condition affecte la substance de la libéralité, que celle-ci en dépend plus étroitement que de la simple charge (2). — Mais aujourd'hui ces distinctions sont vraiment bien frêles. Les articles 953 et suivants parlent de l'« *inexécution* des conditions » : il s'agit bien là de véritables charges imposées au donataire. Et le sort de la libéralité n'est pas plus étroitement lié à l'accomplissement des conditions qu'à l'exécution des charges : les deux cas se confondent, et le donateur a toujours l'action en résolution.

1. Dumoulin. *Sur la coutume de Paris*, § 20, gl. 7, n° 6 sqq.

2. Ricard. *Traité des dispositions conditionnelles*, chap. IV, § 90.

Souvent on a opposé la charge ou la condition à la simple expression de la cause ou du motif de la donation. Ulpien disait déjà par exemple (1) : « Multum interesse causa donandi fuit, an condicio ; si causa fuit, cessare repetitionem ; si condicio, repetitioni locum fore. » Du temps de Ricard (2) on opposait la « donation causée » et la « donation conditionnelle », d'une façon d'ailleurs assez fragile. — Aujourd'hui on peut se rendre compte que l'on passe presque insensiblement de l'idée de la condition à l'idée de la cause. Nous avons déjà signalé cette jurisprudence qui, pour éluder l'article 900, considère que, lorsque la condition a été vraiment la cause impulsive et déterminante, il y a lieu d'appliquer l'article 1131. Un autre procédé consiste à appliquer l'article 1172 en considérant la condition comme une véritable contre-partie qui donne à la donation le caractère onéreux (3). Mais il y a plus : dans son livre sur les conditions impossibles, M. Bartin (4), refusant d'admettre l'assimilation de la cause et du motif, a soutenu que la théorie applicable en beaucoup de cas était la théorie de la cause dans les contrats onéreux : si l'on applique l'article 1131, ce ne

1. *Digeste*, XXXIX, V, 3.

2. Ricard, *Traité des dispositions conditionnelles*, chap. I, §§ 1-10.

3. V. par ex. Pau, 2 janv. 1827. D. 29.2.164. Orléans, 20 mars 1852. S. 53 2.13.

4. Bartin, *Conditions illicites*, p. 370. « Ce qui est vrai, c'est que sous la qualification menteuse de donation peut se cacher un acte à titre onéreux, dont la prétendue condition illicite est la véritable cause. »

saurait être qu'en trouvant derrière la donation apparente un véritable acte onéreux. — Nous voyons par là combien ces notions de condition et de cause sont voisines dans la réalité ; et nous pressentons aussi qu'en cette matière, il va être assez difficile de discerner la véritable donation.

Il est très important de voir dans l'intérêt de qui la charge est stipulée : si c'est dans l'intérêt du donataire, la charge n'enlève rien au caractère de la libéralité ; il en est ainsi lorsque, faisant une donation à un prodigue, on lui impose la charge d'employer en immeubles, ou lorsqu'on stipule l'inaliénabilité.

La situation est toute différente lorsque la charge est stipulée dans l'intérêt du donateur ou dans l'intérêt d'un tiers ; et nous allons examiner séparément les deux cas.

Très souvent une charge est imposée au donataire dans l'intérêt du donateur. Considérons la situation la plus simple : la charge apparaît comme équivalente ou à peu près à l'avantage procuré par la donation. L'acte, comme disait Ricard à propos du don mutuel, n'aura des donations que le nom. Si par exemple je cède à un ami ou à un parent l'ensemble de mes biens à charge de me servir une pension viagère, à peu près sous les mêmes conditions que celles que je ferais à un étranger, je traite à titre onéreux. Dans les affaires, très fréquentes, où ils se trouvent en présence d'une donation à charge d'aliments ou de pension viagère, les juges ont à se demander si les charges constituent l'équivalent de la valeur des biens, ils

peuvent au besoin faire expertiser ces derniers(1). Voici deux exemples de solutions diverses, clairement motivées :

a) Extrait d'un arrêt de la Chambre des requêtes (2) : « ... l'arrêt attaqué, se basant sur une appréciation souveraine de la convention, déclare que l'acte par lequel les époux T. abandonnaient leurs biens à leurs enfants, imposait à ceux-ci des charges qui étaient l'équivalent de la valeur de ces biens ; l'acte n'est pas une donation, mais une cession moyennant un juste prix. »

b) Extrait d'un arrêt de la Cour de Chambéry (3) : « ... Par l'acte du..., A. S., âgé de 80 ans passés, dans le but de se procurer du repos et de la tranquillité sur ses vieux jours, a cédé conjointement à Georges Ch. et à Jeanne M. sa femme, la moitié de la généralité des biens meubles et immeubles qu'il possédait dans la commune de..., à la charge de pourvoir à son entretien ; attendu qu'une telle convention ne saurait être assimilée à une vente ; qu'en effet les biens cédés pouvant être évalués à environ 24.000 ou 25.000 francs, la contre-partie convenue est manifestement disproportionnée, étant donné l'âge avancé du principal contractant... » La cour conclut qu'il y a eu là une véritable donation.

1. Dalloz, *Répertoire méthodique*, supplément, v^o *Dispositions entre vifs et testamentaires*, titre III, chap. I, sect. I, art. 1.

2. Req. 21 déc. 1887, D. 88.1.256.

3. Chambéry 3 avril 1901. D. 1903.254.

On ne s'en tient pas à la simple comparaison matérielle de la valeur des biens donnés et du montant des charges stipulées. On tient compte également d'éléments psychologiques. On cherche si l'intention libérale a existé. Nous avons vu que Pothier voyait dans le don mutuel une donation parce que le motif principal de la disposition est dans un esprit de bienveillance réciproque. Il en est de même dans la donation onéreuse : et par exemple, l'arrêt précité de la Cour de Chambéry, après avoir établi que la valeur des biens donnés dépasse la valeur de la charge stipulée, établit l'existence, ou plutôt la vraisemblance de l'intention libérale, à l'égard d'un ménage auquel le donateur était attaché « par les liens d'une double parenté, la reconnaissance qu'impliquent des services antérieurs, ainsi que des relations anciennes et ininterrompues. »

Mais cela ne lève point les difficultés : car on voit, dans les donations avec charges, le souci d'intérêts personnels (p. ex. le désir du repos chez le donateur de l'arrêt de Chambéry) se mêler, dans des proportions impossibles à évaluer, à l'esprit de bienfaisance, de même que les stipulations onéreuses se mêlent aux dispositions gratuites. Les distinctions ne sont pas plus tranchées, — il s'en faut de beaucoup — dans la vie psychique que dans la réalité matérielle.

La difficulté ne fait que s'accroître, lorsqu'au lieu de considérer des actes dans lesquels la charge peut aisément s'évaluer en argent on considère des actes dans lesquels il est difficile ou impossible de faire

cette évaluation. Pothier (1) faisait la distinction, et y attachait une grande importance : les donations rémunératoires ou onéreuses, disait-il, sont soumises à la légitime, lorsque les services rendus ou les charges imposées ne sont pas appréciables en argent ; si elles sont appréciables en argent, elles y sont soustraites jusqu'à concurrence de la somme qui les représente.

Il est difficile de se dissimuler le caractère artificiel de la formule en question ; et il n'est pas surprenant que l'on trouve dans les recueils d'arrêts des décisions contradictoires, motivées par cette formule devenue classique. Il y a lieu de rapprocher de notre question une question de même ordre, qui a donné lieu à de vives controverses. On a souvent soutenu que l'objet d'une obligation devait présenter pour le créancier un intérêt pécuniaire, et que l'inexécution d'une obligation ne donnait lieu à des dommages-intérêts que si elle causait un préjudice pécuniaire. Dans une consultation restée célèbre, Ihering (2) s'est élevé avec force contre cette doctrine. On admet constamment (3), en matière de délits, qu'un préjudice moral, à condition d'être sérieux et réel, comporte une réparation pécuniaire ; et en fait une multitude d'arrêts ont accordé des indemnités pour des

1. Pothier, *Donations entre vifs*, sec. III, art. 5, § 2.

2. Ihering, *Gesamm. Aufsätze*, 3, p. 87 s.

3. Dorville. *De l'intérêt moral dans les obligations*.

préjudices purement moraux (1). Ce qui fait, croyons-nous, qu'on a pu hésiter à résoudre la question dans ce sens, c'est que l'idée d'équivalence est au cœur même de notre droit : et l'on ne peut établir d'équivalence claire qu'entre des valeurs commerciales, je veux dire appréciables à prix d'argent. Et c'est bien pour cela qu'on a souvent grand'peine à appliquer l'antithèse de l'acte gratuit et de l'acte onéreux : céder dans un intérêt purement moral, c'est presque céder sans intérêt, céder à titre gratuit, donner. Et pourtant, lorsque l'intérêt moral est pressant, considérable, ou simplement manifeste, il est difficile de ne pas voir en lui une véritable contre-valeur de la cession de biens.

Parfois l'intérêt pécuniaire existe, mais il est très indirect et tout à fait indéterminé : par exemple, on a reconnu (2) le caractère onéreux à un acte par lequel un individu avait donné du terrain pour faire construire une église, dans l'espoir que d'autres terrains lui appartenant en recevraient une plus-value. — Nous citerons encore un arrêt, vraiment très notable (3), qui a assimilé à un acte onéreux une donation faite en vue de la construction d'un édifice, parce que le donateur, *dans un intérêt de vanité personnelle et de caprice*, avait imposé certains procédés inutilement coûteux de construction. Il s'agissait, en l'espèce, du

1. V. par ex. Paris, 2 déc. 1897. D. 98 2.465. Alger, 22 juin 1900. S. 1902.2 128. Cass. 22 mars 1904. D. 1904.1 449.

2. Cass. 19 juil. 1894. S. 1894.1.439.

3. Req. 14 avril. 1863. S. 1863.1.362.

rétablissement de l'ancienne sonnerie dans l'église Saint-Martin-de-Clamecy. Or, voici les considérants très remarquables de la Cour de Bourges, qui a été suivie par la Chambre des requêtes : « quelque part que l'on fasse à la pensée de bienfaisance qui pouvait l'animer, B. ne faisait rien moins qu'une offrande désintéressée ; il stipulait non pas même pour une sonnerie quelconque, au gré, selon les possibilités et les convenances de la fabrique et de la mairie, sans autre but que l'intérêt général, mais uniquement pour le rétablissement, dans des conditions spéciales et singulièrement onéreuses, de l'ancienne sonnerie de la paroisse, telle qu'il la rêvait dans les vagues réminiscences de son jeune âge, telle qu'il la lui fallait et qu'il la voulait pour la satisfaction de sa fantaisie ou la vanité du millionnaire, souscripteur généreux, si l'on veut, et non sans quelque mérite dans sa large participation à une œuvre d'utilité publique, mais *n'en faisant pas moins sa propre affaire*, et imposant ses exigences personnelles pour prix de son concours. » La Cour de Bourges conclut qu'il y eut là un contrat commutatif et intéressé, auquel on ne saurait appliquer les règles spéciales aux donations.

Sans doute il s'agit là d'un cas extrême, d'un cas limite, pourrait-on dire ; et ce n'est que par exception que la jurisprudence a pu se laisser entraîner aussi loin. Mais, pour montrer qu'il n'y a là que l'exagération d'une tendance naturelle et courante, il nous suffira de rappeler que l'on a pu considérer la condition illicite ou immorale comme une véritable con-

tre-valeur. Cela prouve combien il est difficile de définir exactement le sens de notre antithèse entre l'acte gratuit et l'acte onéreux, spécialement en ce qui concerne les donations conditionnelles ou onéreuses : encore n'avons nous examiné jusqu'ici que les charges stipulées dans l'intérêt du donateur.

§ 3. — LES DONATIONS AVEC CHARGES STIPULÉES DANS L'INTÉRÊT D'UN TIERS.

Tant qu'il n'y a que deux personnes en présence, la notion de gratuité est relativement simple : à l'appauvrissement de l'une correspond l'enrichissement de l'autre, et la seule question est de savoir à quelles sortes de valeurs on s'attachera. Il n'en est plus de même, lorsque l'acte considéré met en rapport plus de deux personnes.

Remarquons d'abord qu'il est traditionnel de définir la donation par ces deux éléments, qui sont dans le cas ordinaire corrélatifs : l'appauvrissement du donateur, l'enrichissement du donataire. Ulpien (1) mentionnait ces deux caractères. Et le Code civil y fait encore d'évidentes allusions : l'article 894 définit la donation comme un acte par lequel le donateur *se dépouille, en faveur* du donataire ; nous trouvons encore dans l'article 1105 une allusion à l'enrichissement du donataire : il y a contrat de bienfaisance,

1. *Digeste*, XXIV, 1, *De donat. inter vir. et uxor.*, 5, 8.

lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage gratuit.

Supposons que Primus fasse à Secundus une donation en stipulant une charge au bénéfice de Tertius. Que Tertius ait la qualité de donataire pour le montant de la charge, c'est ce qui ne semble guère contestable. Mais que faudra-t-il penser de Secundus ?

La question revient à se demander comment on pourrait distinguer la libéralité avec charges de la libéralité par personne interposée ; dans le premier cas Secundus serait réellement donataire ou légataire ; dans le second, il jouerait le rôle d'un simple intermédiaire. L'interposition de personne implique transmission à Tertius de la propriété des choses dont on le gratifie ; la charge le rend créancier de Secundus. Il semblerait logique d'admettre que Secundus est vraiment donataire quand il lui reste quelque bénéfice. La jurisprudence a pourtant admis que la charge peut absorber la totalité des choses données sans enlever à la libéralité son caractère (1). On s'en remet à l'interprétation par le juge du fait de l'intention des parties (2). Comme l'a justement fait remarquer M. Beudant dans une note du Dalloz (3), rien n'est plus dangereux que cette attitude : on voit trai-

1, Les arrêts sont souvent relatifs à des legs. — Voir p. ex. Cass. 5 juill. 1886. S. 90 1241. — Bourges, 11 janv. 1887. S. 90. 2.270. — Cass. 2 juill. 1903. D. 1903.1.425.

2. Cass. 25 janv. 1893. D. 94.1.257 Cass. 7 janv. 1902. D. 1903. 1.302 ; et les arrêts cités à la note précédente.

3. Note sous Cass. 25 janv. 1893. D. 94. 1.257.

ter de façon différente des actes tout à fait analogues. — Loin de nous la pensée de soutenir qu'il ne faut tenir aucun compte de la volonté des parties : mais le plus souvent cette volonté s'exprimera dans les clauses même de l'acte ; et l'on ne se tromperait pas souvent, semble-t-il, si l'on considérait comme donataire, dans toute la mesure où les textes le permettent, celui qui tire bénéfice de la libéralité. L'idée s'est fait jour, et peut-être triomphera-t-elle (1).

Expliquons-nous sur un exemple : Primus cède un immeuble à Secundus, en le chargeant de servir une rente viagère à Tertius. Si, d'après l'âge de Tertius, le montant de la rente apparaît comme l'équivalent de la valeur de l'immeuble, Secundus ne sera pas vraiment un donataire, mais un acquéreur à titre onéreux, et par contrat aléatoire ; Tertius seul sera gratifié. Supposons au contraire que la rente à servir soit égale aux revenus de l'immeuble ; Secundus sera un donataire, et la libéralité profitera en réalité à deux personnes.

Si le principe est relativement simple à formuler, il donne lieu à de graves divergences d'appréciation lorsqu'on veut l'appliquer : dans la réalité, la situation n'est pas aussi simple que dans le cas précédemment examiné ; et nous allons voir, en plusieurs questions, combien les notions d'appauvrissement et d'enrichissement corrélatifs sont confuses.

1. Laurent, t. XI, n° 194. — Grunebaum-Ballin et Lévy-Ullmann. *Essai sur les fondations par testament*. — Planiol. *Traité*, III, § 3019.

§ 4. — AVANTAGES MATRIMONIAUX.

CONSTITUTIONS DE DOT

Les donations ou avantages qui dérivent des conventions matrimoniales ont toujours donné lieu à de graves difficultés.

Nous rappellerons d'abord brièvement comment on avait été amené sous l'Ancien Régime à préciser, pour l'application de l'Edit des secondes noces, la notion d'« acquisition gratuite » ou de « titre lucratif ». Le premier chef de l'édit interdisait de donner au second mari plus d'une part d'enfant le moins prenant ; le second chef réservait aux enfants du premier lit les biens qui provenaient du premier mari. Pothier nous explique (1) que cette seconde disposition s'applique au douaire préfix ; sans doute celui-ci, tenant lieu du coutumier, est plutôt « l'acquiescement d'une dette qu'une pure libéralité » ; mais il constitue cependant « un titre lucratif », car on peut déroger à l'usage, il n'y a pas proprement dette : il n'y a pas *jus cogens*. — En général on considérait que cette seconde disposition de l'édit ne s'appliquait pas à la part que la femme avait eue dans la communauté contractée avec son premier mari, parce que, nous dit Pothier (2), cette communauté n'était pas « un titre lucratif, mais un contrat de commerce

1. Pothier. *Donations entre vifs*, sect. III, art. 8, § 1.

2. Pothier. *Donations entre vifs*, sect. III, art. 9.

où chacun apporte de son côté. » Mais, par une disposition spéciale, les coutumes de Paris et d'Orléans avaient étendu la portée de l'édit et interdisaient à la femme qui se remarie d'avantager son second mari des conquêts d'une précédente communauté. Pothier nous explique que cette disposition vise « ce qui a été acquis par les travaux du mari » ; quoique la femme ne tienne pas proprement ces biens « de son premier mari, elle lui en est en quelque façon redevable », ils constituent une classe intermédiaire entre les biens donnés et les biens dus.

Nous retrouvons, en droit contemporain, malgré les éclaircissements de l'article 1527 (1), des difficultés de même ordre : ainsi, sous le régime de la communauté légale, l'avantage qui résulte de l'inégalité des apports constitue-t-il, au regard des enfants du premier lit, une véritable libéralité imputable sur la quotité disponible, réductible si cette dernière est dépassée ? La jurisprudence est divisée (2). — Dans une note du Sirey, M. Bourcart (3) a montré que ce n'est pas en vertu de la nature des choses, mais seulement par faveur pour le mariage que la loi déclare que les *avantages matrimoniaux* ne seront pas

1. « ... Les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs, quoique inégaux, des deux époux, ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfants du premier lit. »

2. Dans le sens de la non réduction, Nancy, 25 févr. 1891. S. 1892. 2.65. En sens inverse, Bourges 28 déc. 1891, *eodem loco*.

3. Sous les arrêts cités à la note précédente.

regardés comme des donations (art. 1516 ; art. 1525). Il n'y a pas de raison de traiter les libéralités indirectes, tacites plus favorablement que les libéralités directes, expresses. Il doit donc, en l'espèce, y avoir réduction.

Mais nous voyons surtout s'élever des difficultés si nous considérons la donation faite à cause de noces : on trouve en présence le donateur, l'époux doté, son conjoint. Pour fixer les idées, considérons le cas le plus fréquent, le cas normal où c'est la femme qui est dotée. Quelle est la nature de la constitution de dot ? C'est surtout à propos de l'application des règles de l'action Paulienne que la question s'est posée ; elle était déjà discutée en droit romain (1) : on considérait en général la dot comme un acte onéreux pour le mari ; on discutait sur sa nature à l'égard de la femme.

La dot est considérée comme devant permettre au mari de supporter les charges du ménage : *donatio marito delata ad onera matrimonii sustinenda*. Elle ne constitue donc pas pour le mari un pur bénéfice ; elle apparaît comme la compensation des sacrifices pécuniaires que sa situation nouvelle va lui imposer, pour l'entretien de la femme et l'éducation des enfants. — Il semble difficile de soutenir (2) qu'il faut distinguer le mariage et la donation, que les charges dérivent du premier et non de la seconde, que par

1. *Digeste*, XXXXII, VIII, 25.

2. Lyon-Caen et Renault. *Droit commercial*, t. 7, p. 274.

conséquent, même à l'égard du mari, la dot ou la donation à cause de nocces est une acquisition gratuite. Car, au moment où il s'est décidé à contracter mariage, le mari savait qu'assumant telles charges il pourrait compter sur telles ressources. Les conventions dépendent du mariage, puisqu'on les considère comme affectées de la condition tacite : *si nuptiæ sequantur*. Mais on peut bien dire aussi que, dans la réalité, le mariage dépend des conventions.

Il y a plus de difficulté en ce qui concerne la femme. Dans un régime où les parents seraient civilement obligés de doter leur fille, comme cela eut lieu à Rome au moins depuis un rescrit de Sévère et de Caracalla (1), la prestation de la dot apparaîtrait comme l'exécution d'une obligation, et il serait difficile de traiter la fille, qui était créancière de sa dot, comme ayant acquis à titre gratuit. Mais dans notre régime juridique où les parents ne sont pas obligés de doter leur fille, on pourrait seulement prétendre que la fille n'a contracté mariage qu'en comptant sur telles ressources déterminées, que l'acte est par suite onéreux même à son égard.

Telle est la solution qu'accepte en général notre jurisprudence (2). Il faut donc, pour obtenir la nullité, établir le concert frauduleux entre tous les intéressés.

Cette opinion nous paraît inacceptable. Que se passe-t-il en fait? Des gens, sur le point d'être rui-

1. *Digeste*, XXIII, 2. De R. N., 19.

2. Cass., 25 févr. 1845. S. 45 1.417. — Cass. 11 nov. 1878, S. 80, 1.28.

nés, marient richement leur fille en lui constituant une belle dot aux dépens de leur créanciers. Que la fille ne se marie pas, elle sera ruinée avec sa famille; elle aura à pourvoir à son entretien, ou sa famille aura à y pourvoir. Or précisément la dot est destinée d'abord à permettre au mari de supporter le surcroît de dépenses nécessité par l'entretien de sa femme; de sorte qu'en réalité la constitution de dot a pour effet de soustraire au gage des créanciers une masse de biens qui va se trouver affectée à l'entretien d'un membre privilégié de la famille. Certes la sollicitude des parents à l'égard de leurs enfants est un sentiment louable; mais nous avons peine à comprendre qu'on puisse se soustraire, dans un intérêt d'affection, à l'obligation stricte de payer ses dettes. Au reste les parents en question peuvent très bien n'avoir fait qu'un vil calcul: en mariant richement sa fille, un individu ruiné se débarrasse d'une charge, et garantit son propre avenir, en vertu de l'obligation imposée aux enfants par l'article 205 du Code civil. La jurisprudence paradoxale que nous examinons ne s'explique, à notre sens, que par la survivance de l'ancienne tradition qui se traduisait dans l'adage: Bien de femme ne se peut perdre, et qui explique le maintien d'une institution telle que l'inaliénabilité de la dot. Devant l'intérêt supérieur de la sauvegarde de la dot, il semble que toute autre considération doive s'effacer. — Quelques auteurs (1) et quelques

1. Aubry et Rau, t. IV, § 313, n° 27.

arrêts (1) ont accepté l'idée, seule admissible à notre sens, que la dot est un acte gratuit à l'égard de la femme dotée, onéreux à l'égard du mari : les créanciers en peuvent donc saisir la nue propriété sans établir la mauvaise foi de la fille dotée.

Lorsqu'il s'agit d'une dot du mari, certains arrêts de la Cour de cassation (2) l'ont considérée comme un acte onéreux. Mais la résistance a été plus forte qu'en matière de dot de la femme : la cour d'Orléans (3) par exemple, jugeant comme cour de renvoi, a nettement déclaré que la donation faite par le père à son fils est un acte de pure bienfaisance ; et elle ajoute que la femme, n'étant pas personnellement donataire, n'a aucun titre pour faire maintenir cette donation quand elle est frauduleuse.

La difficulté ne s'est pas présentée seulement en droit civil pour l'application de l'article 1167 du Code civil ; elle s'est présentée aussi en droit commercial pour l'application des articles 446-447 du Code de commerce : la constitution de dot devra-t-elle être considérée, en cas de faillite, comme une donation frappée d'une nullité de droit par l'article 446, quand elle a été faite durant la période suspecte ? est-elle au contraire un acte onéreux, soumis seulement à la nullité facultative de l'article 447 ? La difficulté est exactement la même que dans le cas précédent. La

1. Montpellier, 6 août 1842.

2. Cass. 18 janv. 1887. S. 87.1.97.

3. Orléans, 8 juin 1898. D. 98.2.284.

Cour de cassation(1) considère la constitution de dot comme étant un acte onéreux à l'égard des deux conjoints ; et elle estime que l'ignorance de la cessation des paiements de la part d'un seul des futurs époux met obstacle à la réussite de l'action en nullité même contre l'époux. Mais il y a eu des arrêts dissidents (2), qui ont admis que la connaissance de la cessation des paiements est une condition essentielle de la réussite de l'action en nullité contre le mari, mais non contre la femme dotée.

A dire vrai, cette solution qui nous semble la meilleure n'est pas à l'abri de tout reproche. Pour traiter la constitution de dot comme un acte onéreux, la jurisprudence a fait valoir cet argument qu'elle fait naître l'obligation de garantie à la charge du constituant. On a répondu qu'il ne saurait être question de traiter une donation quelconque comme un acte onéreux, parce que le donateur se serait engagé à garantie : cela est hors de doute. Et ajoute-t-on, dans la constitution de dot, la loi ne fait que sous-entendre une convention de ce genre. Là est le point délicat : un donateur qui spontanément s'engage à garantie ne fait qu'achever en quelque sorte sa libéralité, il la consolide. Mais la loi qui impose au constituant de la dot cette obligation ne le fait qu'en considération

1. Cass. 25 février 1845. D. 1845.1.174. — Cass. 24 mai 1848. D. 1848.1.72. — Cass. 18 déc. 1895. S. 96.1.172.

2. En ce sens, Demolombo, t. XXV, n° 210 sqq. — Cf. Cass. Belg., 9 janv. 1890, S. 91.4.5.

3. Lyon-Caen et Renault, t. VII, p. 268 ; Planiol, III, p. 50, n° 1.

de la situation spéciale où se trouve le donataire ; dire qu'elle sous-entend la convention, c'est simplement une façon de s'exprimer ; en réalité elle ne le fait que parce que l'acte en question n'est pas une donation ordinaire, n'est pas une libéralité pure. L'argument de la jurisprudence n'est donc pas dépourvu de valeur.

§ 5. — LES FONDATIONS

On sait qu'en droit français la fondation n'est pas une notion juridique individualisée. « La doctrine allemande, dit M. Saleilles (1), est arrivée peu à peu à la notion d'un patrimoine indépendant, constitué sans qu'il soit nécessaire qu'il aille se confondre dans le patrimoine d'une personne morale déjà existante. » C'est le but de la fondation qui lui donne son existence juridique. « Ce n'est plus une donation au profit d'une personne morale quelconque ; ce n'est plus même à proprement parler une donation. » « La véritable partie en vue de laquelle l'engagement est pris, et avec qui il devrait être pris, ce sont ceux dans l'intérêt de qui la fondation est faite ; et ils n'ont pas de représentant avec qui on puisse traiter ; d'où cette conséquence que la déclaration de volonté faite par le fondateur dans les formes voulues suffira à constituer la fondation. »

Cela nous fait parfaitement comprendre la nature

1. Saleilles, *Théorie générale de l'obligation*, 2^e éd., p. 150.

des difficultés qui surgissent en droit français. Chez nous la fondation ne peut se réaliser que par le moyen d'une libéralité adressée à un établissement déjà existant : cet établissement sera le donataire apparent ; mais en réalité il servira simplement d'intermédiaire destiné à transmettre la libéralité aux véritables bénéficiaires, souvent indéterminés d'ailleurs et encore inexistants : mais cet intermédiaire ne s' « enrichira » pas vraiment ; et nous voilà dans l'impossibilité d'appliquer la formule que toute donation implique, en même temps que l'appauvrissement du donateur, l'enrichissement du donataire.

Pour montrer la portée de la question, nous citons un arrêt curieux (1) rendu dans les circonstances suivantes. Par acte notarié du 4 septembre 1891, la dame De la V. s'était obligée à remettre à l'hospice de la ville d'Avranches un titre de 400 francs de rente perpétuelle 3 % sur l'Etat français, moyennant l'engagement pris par l'hospice d'établir et d'entretenir un nouveau lit pour recevoir et soigner perpétuellement une personne de la commune de Lolif, à la désignation de la dame De la V. et, après elle, du maire et du curé de Lolif. Le tribunal de première instance jugea qu'il y avait là une donation, donnant lieu à la perception des droits de mutation à titre gratuit, conformément aux prétentions de la Régie. Mais la Cour de cassation cassa ce jugement, « attendu que l'obligation d'assistance gratuite, qui résulte

1. Cass, 23 oct. 1895. S. 1397.1.289.

pour l'hospice communal d'Avranches de sa destination légale, est restreinte aux habitants de cette commune; que la convention passée par la dame De la V. avec cet hospice, donnant droit à un habitant d'une autre commune, en échange du versement d'une somme équivalente à la valeur du service rendu, jointe à la circonstance que la dame De la V. s'était réservé le droit de désigner le bénéficiaire de cette stipulation, *n'augmentait pas les ressources* du dit établissement;...la convention sus-énoncée présente tous les caractères d'un contrat à titre onéreux. »

Dans une note insérée sous cet arrêt, M. Wahl a critiqué la jurisprudence de la Cour de cassation : il a d'abord montré qu'en droit romain, dans notre ancien droit, en droit intermédiaire, dans la doctrine et dans la jurisprudence actuelle (1), le contrat de fondation a toujours été considéré comme une sorte particulière de donation. Sur la question de la perception du droit de mutation, la jurisprudence avait toujours jugé que la fondation est une donation, sauf lorsque la fondation est faite à l'avantage du donateur. — Sur ce point on voit bien, dans l'arrêt de 1895, la Cour de cassation essayer de s'appuyer sur la jurisprudence traditionnelle : elle retient le fait que la dame De la V. s'est réservé le droit de désigner le bénéficiaire de la libéralité. M. Wahl remarque qu'en s'attachant à cette circonstance la Cour suprême se heurte à une jurisprudence fixée. Il n'en est pas moins certain que la

1. S. 1894, 2, 270. S. 1875, 2, 150.

Cour a vu là un élément qui atténuait, s'il ne la supprimait pas, la gratuité de l'appauvrissement consenti : en échange de son sacrifice pécuniaire, la donatrice acquiert une sorte de charitable magistrature.

Mais c'en est là, assurément, qu'un aspect accessoire de l'argumentation de la Cour suprême : elle insiste surtout sur l'absence d'enrichissement du donataire. Notons en passant l'analogie de cette question et de celle que nous avons examinée précédemment : si l'on peut soutenir que la femme et le mari acquièrent la dot à titre onéreux, c'est en s'attachant aux charges nouvelles qu'ils assument ; ici encore on insiste sur le fait qu'en acceptant la donation l'hospice assume une charge nouvelle. — Mais l'argument prouve trop, comme le montre M. Wahl. La Cour s'attache à cette circonstance que le lit est fondé pour un habitant d'une autre commune. En réalité, toutes les fois qu'une personne fait une donation à un établissement hospitalier, elle entend bien que cette donation ne sera pas pour l'établissement un pur bénéfice : elle lui permettra tout simplement d'augmenter le nombre des gens secourus, d'assumer de nouvelles charges. Il est clair qu'il faut s'entendre sur le sens du mot enrichissement, lorsqu'on l'emploie dans ce cas-là.

Toute la difficulté vient, on le voit, de ce que le donataire selon la loi, le bénéficiaire officiel de la libéralité n'est pas, dans la réalité des choses, le véritable gratifié. La libéralité ne peut aller directement à ce dernier : il faut un intermédiaire, qui sera l'établissement de bienfaisance. Au fond la situation est

exactement la même que lorsque Primus donne à Secundus, à la charge de servir à Tertius une rente qui, par hypothèse, absorbe l'émolument entier de la donation. Seulement, dans le cas des libéralités charitables, la présence d'un intermédiaire est particulièrement indispensable, les bénéficiaires véritables étant indéterminés dans une large mesure.

Nous pouvons conclure que, dans ce cas au moins, la difficulté est peut-être plus apparente que réelle. Il y aura bien vraiment donation. Le donateur s'appauvrira, et le donataire s'enrichira ; ce qui masque le deuxième fait, c'est que le véritable donataire n'existe pas aux yeux du droit, du moins en général ; on ne voit que son représentant qui, lui, ne s'enrichit pas vraiment : il rendra d'une main ce qu'il aura reçu de l'autre.

§ 6. — LES ASSURANCES SUR LA VIE

La pratique des fondations est ancienne ; au contraire les assurances sur la vie ne se sont développées qu'à l'époque contemporaine ; et l'on conçoit que l'application des formules traditionnelles à une institution toute moderne ait donné lieu à de graves difficultés.

On peut analyser de la façon suivante ce qui se passe dans le cas de l'assurance sur la vie. Un individu verse annuellement à une compagnie une certaine somme, au lieu de la capitaliser lui-même ; il

confie à cette société le soin de constituer le capital, payable à sa mort ; il court donc le risque d'un bénéfice ou d'une perte, selon qu'il mourra tôt ou tard. Entre l'assuré et la Compagnie d'assurances, le contrat est un contrat onéreux aléatoire, cela ne souffre aucune difficulté. Mais l'assuré dispose du capital promis aubénéfice d'une personne appelée à le recueillir à son décès, il stipule pour autrui. Entre lui et cette nouvelle personne, le contrat semble bien être une donation : le donateur s'appauvrit du montant des primes, le donataire s'enrichira du capital versé par la Compagnie d'assurances ; la transformation des primes en capital ne saurait modifier la nature de l'acte.

Toutefois la jurisprudence s'est montrée fort hésitante lorsqu'il s'est agi d'appliquer à notre matière les règles du rapport et de la réserve (1). La difficulté vient de ce que, dans la plupart des cas, il n'y a pas équivalence entre la valeur des primes et celle du capital : si l'assuré est mort plus jeune qu'on ne devait prévoir, le capital sera plus élevé ; le montant des primes sera supérieur dans le cas contraire.

On pouvait prétendre — c'est l'opinion la plus simple et ce fut la plus anciennement suivie (2) — que l'on doit rapporter le capital reçu, et que pour le calcul de la réserve on doit le rapporter fictivement. Cette opinion est aujourd'hui abandonnée, et

1. Wahl, sous Rouen, 29 mai 1897 et Paris, 23 juin 1898. S. 1900.2.1.

2. S. 1875.1.107. — 1876.1.400. — 1881.1.337.

elle était certainement inexacte. On a dit que c'était parce que le capital prend directement naissance dans le patrimoine du tiers ; raison fausse, car il suffit qu'une valeur parvienne au donataire par le fait libéral du donateur ; on considère comme une donation la renonciation pure et simple à une succession dans une intention libérale (1). On a dit aussi que le capital n'existait pas avant que le tiers se le voie attribuer ; mais il y a une situation de même genre dans toute stipulation pour autrui ; et la jurisprudence comme les auteurs soumettent cette stipulation aux règles de fond des donations(2). La vraie raison est que le capital n'est pas devenu la propriété du tiers par le fait de l'assuré, mais par le fait de l'assureur. Ce n'est pas du capital que l'assuré *s'est dépouillé* ; c'est seulement des primes.

D'où le second système : ce sont les primes qui sont soumises au rapport et à la réduction. Telle est l'opinion la plus communément reçue. Il est très vrai que la loi semble attacher une importance primordiale au dépouillement du donateur ; ce qu'elle considère c'est son patrimoine ; c'est en vue du partage et de la transmission de ce patrimoine que le rapport et la réserve ont été organisés ; il est donc logique de se placer au point de vue des sacrifices consentis par lui.

On a prétendu pourtant, à un double point de vue,

1. S. 1887.1.193.

2. S. 1886.1.422.

que les primes elles-mêmes n'étaient pas toujours rapportables. On a dit tout d'abord (1) que lorsqu'elles excédaient le capital, il n'y avait pas lieu de les rapporter. « Pour qu'il y ait donation, il faut qu'il y ait à la fois appauvrissement du donateur et enrichissement du donataire. Pour l'excédent des primes sur le capital, il y a appauvrissement de l'assuré sans enrichissement du bénéficiaire. Dans cette mesure il n'y a pas donation, et par suite il n'y a pas lieu au rapport. » On a objecté qu'au cas de donation de meubles corporels, le donataire doit le rapport des meubles qui ont péri par cas fortuit. Mais la situation ne nous paraît pas la même : car dans ce dernier cas les meubles sont passés dans le patrimoine du donataire, il s'en est enrichi ; tandis que dans le cas de l'assurance l'excédent des primes sur le capital a été simplement perdu, ou plutôt il a constitué le bénéfice de la Compagnie d'assurances ; il ne nous semble pas faire vraiment partie de la donation. La Cour de cassation s'est récemment prononcée en ce sens (2).

On a soutenu d'autre part que le rapport des primes n'est dû que lorsqu'elles dépassent les sommes que l'assuré pouvait raisonnablement prélever sur ses revenus. Si elles sont prises sur les revenus, dit-on, elles n'appauvrissent pas vraiment le donateur. Il n'y a appauvrissement que lorsque le capital, le patrimoine est entamé. On a objecté à

1. Lyon-Caen, note sous Cass. 4 août 1908. S. 1909, 1.3.

2. Cass. 4 août 1908. S. 1909, 1.3.

cette solution que dans la pratique l'appréciation serait délicate; mais à chaque instant les tribunaux ont à faire des appréciations de ce genre. On a objecté, et ceci est beaucoup plus grave, qu'aucun texte ne soustrait au rapport et à la réduction les libéralités faites sur les revenus; la jurisprudence n'est pas absolument fixée à cet égard (1). Il nous semble, et nous reviendrons prochainement sur ce point, que les institutions du rapport et de la réserve ne peuvent fonctionner normalement, conformément à leur origine et à leur nature, que relativement au patrimoine du disposant; et il paraît difficile d'admettre qu'un individu porte atteinte à son patrimoine en disposant, de façon ou d'autre, de son revenu. Mais cette question, qui est peut-être la plus grave de celle qui se soit présentée devant nous, ne peut-être traitée en passant. Et pour l'instant nous nous bornerons à remarquer les incertitudes auxquelles on se heurte de toutes parts lorsque l'on veut appliquer la formule dont se sert constamment la jurisprudence. Dans la question des assurances sur la vie, il est particulièrement délicat de préciser en quoi consiste l'acte gratuit, parce qu'on ne voit se correspondre que dans un cas limite, que la pratique ne doit presque jamais réaliser, l'appauvrissement du donateur et l'enrichissement du donataire.

1. Voir la note précitée de M. Wahl.

§ 7. — CONCLUSION

La conclusion qui se dégage de l'examen des questions qui précèdent nous paraît évidente. L'antithèse de l'acte gratuit et de l'acte onéreux a été construite pour le cas le plus simple et qui paraissait le plus normal. Une fois la distinction faite, on a voulu faire entrer de force tous les actes juridiques dans l'une ou l'autre des deux catégories; à peu près de la même façon qu'après avoir formulé l'antithèse entre biens meubles et biens immeubles, on a voulu attribuer à toutes espèces de biens l'une ou l'autre de ces qualifications (1).

Mais la réalité résiste à l'application systématique de notions rigides; et quand on veut les lui appliquer de force, il faut assouplir les notions, jusqu'à leur faire perdre toute signification précise. C'est ce qui s'est produit, croyons-nous, en notre matière. Il faudrait donc reconnaître franchement, à notre sens, qu'entre l'acte de pure bienfaisance et l'acte absolument onéreux il y a bien des intermédiaires. Dans bien des cas, selon la formule d'Ariston, il y a « *negotium mixtum cum donatione* » (2).

Laurent a intitulé un des chapitres de son ouvrage : « Des libéralités qui ne sont pas des donations » (3);

1. Planiol, I, § 2195.

2. *Digeste*, XXXIX, V, 18

3. Laurent, t. XIII, p. 333-362.

et, sous cette rubrique, il étudie les donations rémunératoires, onéreuses, mutuelles, les arrangements de famille. — Larombière (1), et d'autres auteurs ont donné le nom plus précis de « contrats mixtes » au dépôt et au mandat salariés en même temps qu'à la donation avec charges.

La jurisprudence espagnole (2), avant la publication du Code de 1889, distinguait trois sortes de contrats : les contrats bilatéraux ou onéreux, les contrats unilatéraux ou de bienfaisance, et les contrats intermédiaires qui, selon les circonstances, pouvaient être traités comme contrats onéreux ou comme contrats de bienfaisance. Le nouveau Code n'a pas retenu cette division tripartite (3).

En ce qui concerne le droit français, nous ne nous dissimulons pas la difficulté : le Code ne reconnaît pas de catégorie intermédiaire ; et c'est pourquoi la plupart de nos auteurs (4) ont soutenu qu'il faut, suivant l'élément qui prédomine, classer tout acte soit parmi les actes onéreux, soit parmi les actes de bienfaisance.

On ne peut songer à lever entièrement la difficulté. Pourtant il semble que, dans bien des cas, le juge

1 Larombière, t. I, a. 1102-1106, n° 7. — Cf. Code annoté Dalloz, sous l'art. 1106

2. E. Lehr, *Eléments de droit civil espagnol*, t. I (publ. en 1880), p. 367.

3. *Id.*, t. II (publ. en 1890), p. 265.

4. Demolombe, t. XXIV, n° 25. — Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, p. 13, 43.

peut se laisser guider, selon la règle qu'il s'agit d'appliquer, par sa justification juridique : en somme, le rôle d'une notion comme celle d' « acte gratuit » est seulement de faciliter, de permettre l'application de certains textes. Si on ne fait pas intervenir dans la détermination de la notion les idées essentielles dont s'inspirait le législateur en la matière, on n'aura qu'une formule inconsistante ; le moindre écueil la brisera.

Si nous voulions forcer notre pensée, nous dirions par exemple qu'un acte peut être traité comme gratuit au point de vue de l'action Paulienne, et comme onéreux au point de vue des règles de la réserve. L'idée a été soutenue (1) : elle ne nous paraît choquante qu'à première vue. Il n'y a pas une notion vraiment une de la donation, mais plutôt différents aspects, différentes conceptions de cet acte, selon le point de vue duquel on se place, selon la question précise qui est posée. Nous ajouterons que la jurisprudence, sans peut-être s'en rendre expressément compte, adopte souvent cette attitude.

Puisque l'expression d' « acte gratuit » s'est révélée ambiguë, imprécise, nous voudrions essayer de formuler quelques règles d'interprétation en examinant les idées principales dont s'inspire, dans notre droit, la législation des donations.

1. Kloeppen. *Das negotium mixtum cum donatione*, Berlin, 1901.

TROISIÈME PARTIE

DE LA NATURE DE LA DONATION JUGÉE PAR RAPPORT A QUELQUES IDÉES FONDAMENTALES DE NOTRE DROIT

CHAPITRE UNIQUE

Les formules abstraites du droit, par exemple les expressions d' « intention libérale », d' « acte gratuit » doivent s'interpréter, avons-nous dit, en fonction de certaines idées directrices qui ont inspiré le législateur dans la réglementation des donations, et qui devront guider le juge dans l'application des textes de loi. Ces idées ne sont pas l'œuvre arbitraire des individus : elles correspondent à un état social déterminé. Si par conséquent on veut les comprendre, il faudra en chercher l'explication non seulement dans les travaux qui préparent le vote des lois, mais dans les traditions profondes dont ces travaux s'inspirent. C'est cette méthode que nous voudrions essayer d'appliquer à la donation.

§ 1. — L'IDÉE DE LIBRE DISPOSITION DES BIENS

Lorsque Bigot-Préameneu exposa au Corps législatif les motifs de la loi concernant les Donations entre vifs et les Testaments, il commença son discours dans les termes suivants (1) : « Le titre du Code civil qui a pour objet les donations entre vifs et les testaments rappelle tout ce qui peut intéresser l'homme le plus vivement. *Vous allez prononcer sur son droit de propriété, sur les bornes de son indépendance dans l'exercice de ce droit.* » Et après avoir indiqué les raisons puissantes que l'on a de le restreindre, dans l'intérêt de la famille, il continuait : « Il est difficile de convaincre celui qui est habitué à se regarder comme maître absolu de sa fortune, qu'il n'est pas dépouillé d'une partie de son droit de propriété lorsqu'on veut l'assujettir à des règles, soit sur la quantité des biens dont il entend disposer, soit sur les personnes qui sont l'objet de son affection, soit sur les formes avec lesquelles il manifeste sa volonté. »

En exprimant cette idée que le droit d'effectuer des donations est une suite naturelle du droit de propriété, Bigot-Préameneu ne faisait que se conformer à une tradition bien établie dans notre droit. Pothier disait (2) par exemple, en parlant des règles restrictives instituées en notre matière : « on ne

1. *Recueil général*, t. III, p. 169, 170.

2. Pothier, *Donations entre vifs*, sect. II, art. 1.

pouvait justement dépouiller les particuliers du droit que chacun a naturellement de disposer de ce qui est à lui, et par conséquent de donner entre vifs. » Ailleurs (1) il nous explique que l'on doit interpréter strictement la prohibition des avantages entre conjoints, parce qu' « elle gêne la liberté naturelle que chacun a de disposer de son bien. »

D'ailleurs, lorsque l'on soumit le projet de Code civil aux tribunaux d'appel, certains d'entre eux trouvèrent qu'il constituait une grave atteinte au droit de propriété considéré comme un droit naturel. En particulier, le tribunal de Montpellier (2) lui reprocha de méconnaître le grand principe de libre disposition des biens, supérieur à toute législation. Paris et Limoges (3) trouvaient également la quotité disponible trop faible. On s'indignait surtout des restrictions apportées à la faculté de disposer entre vifs.

De fait, la faculté de donner apparaît bien comme l'exercice le plus complet, mais le plus simple du droit de propriété. Ce n'est point un hasard que l'espèce de synonymie des mots « dare » et « donare » ; le Code civil (4) lui-même emploie l'expression de « donner » au sens de transmettre la propriété. Aussi voyons-nous que dans certains pays, la donation est l'acte juridique essentiel, auquel se ramè-

1. Pothier. *Donations entre mari et femme*, n° 273.

2. Fenet, t. III, p. 509 et sqq.

3. *Idem*, t. V, p. 255 ; t. XII, p. 256.

4. Ex. : art. 1136 : « L'obligation de donner... ».

nent les autres : pour réaliser une vente, on réalise une double donation (1).

C'est pour cela que dans un régime juridique qui admet la propriété individuelle, il serait impossible de supprimer la donation. C'est pour cela aussi qu'en notre matière la capacité est la règle (art. 902). « Il résulte des principes déjà exposés sur le droit de propriété, dit Bigot-Préameneu dans le discours précité (2), que toute personne peut donner ou recevoir de l'une et de l'autre manière, à moins que la loi ne l'en déclare incapable. »

Mais si la donation est permise, elle est éminemment suspecte. C'est un acte grave, puisqu'un individu se dépouille sans compensation. Aussi l'article 904, beaucoup plus sévère que l'article 504, exige-t-il en termes absolus que le donateur soit sain d'esprit : même s'il n'a pas été interdit, même si la preuve de l'insanité ne peut être tirée de l'acte même, on pourra essayer de l'établir après la mort de l'individu.

C'est surtout à propos des actes de dépouillement gratuit qu'il y aura lieu de craindre les manœuvres de suggestion et de pression. A certains égards même,

1. Dans les pays de Vestrogothie et d'Ostrogothie, nous dit M. Beauchet (*Histoire de la propriété foncière en Suède*, p. 324), lorsqu'une vente ou un échange de meubles avait lieu sans témoins, et sans « vin » (intermédiaire), la convention se passait sous l'apparence d'une donation. « On dissimulait un contrat à titre onéreux sous l'apparence d'une donation pour pouvoir le réaliser plus facilement. » Le mot « giva », dont le sens technique est « donare », prend souvent le sens plus large de « dare » (p. 321, n. 1).

2. *Recueil général*, t. III, p. 181.

la donation est plus suspecte que le testament. Pothier le pensait déjà, et il nous en donne cette raison (1) : « Un testateur est toujours le maître de révoquer secrètement les libéralités qu'il a faites contre son gré. » La même opinion persistait lors de la rédaction du Code, et c'est pour cela que l'article 904 permit au mineur âgé de 16 ans de disposer par testament d'une partie de ses biens, alors que la donation lui est rigoureusement interdite. « Dans les donations entre vifs, dit Bigot-Préameneu (2), la loi présume que le mineur serait la victime de ses passions. Dans les dispositions testamentaires, l'approche ou la perspective de la mort ne lui permettra plus de s'occuper que des devoirs de famille ou de reconnaissance. » Cette opinion défavorable à la donation a survécu jusqu'à nos jours ; car, lorsque le législateur de 1896 maintint pour les donations faites entre vifs à des enfants naturels la restriction qu'il supprimait pour les testaments, il justifia son attitude en disant que la donation est un acte souvent irréfléchi et beaucoup plus suspect que le testament (3).

Aussi n'est-il pas surprenant que l'on trouve dans notre droit un grand nombre de dispositions inspirées par cette crainte des manœuvres de captation. C'est ainsi que s'explique l'interdiction faite au mineur par l'article 907 de disposer au profit de son tuteur tant que le compte de tutelle n'aura pas été rendu et apuré.

1. Pothier. *Donations entre mari et femme*, n° 12.

2. *Recueil général*, t. III, p. 182.

3. Chambre des députés. Rapport de M. Julien.

A la même préoccupation se rattache l'article 909 qui interdit de disposer en faveur des médecins qui ont traité une personne pendant sa dernière maladie. Il y a là des dispositions traditionnelles : et Ricard (1), par exemple, étudiait longuement toutes les prohibitions se rattachant à cette idée que la volonté du disposant ne peut, dans certaines circonstances, être présumée libre ; il examinait par exemple, à côté des médecins et des tuteurs, la situation des précepteurs par rapport à leurs élèves, des maîtres par rapport à leurs apprentis et compagnons, des avocats et procureurs par rapport à leurs clients, des confesseurs par rapport à leurs pénitents.

C'est pour un motif de même ordre que notre ancien droit prohibait les donations entre époux (2), exception faite pour les donations mutuelles : tel était du moins le droit commun. De cette disposition est demeurée dans notre droit la faculté de révocation exceptionnellement accordée aux époux pour les donations qu'ils se font pendant le mariage (art. 1096).

En présence de toutes ces dispositions de la loi et de cette tradition certaine, on peut être surpris de ne trouver dans le Code civil aucune disposition générale relative aux manœuvres de suggestion et de capitation. Sous l'ancien droit on avait assisté, sur ces questions (3) à une multitude de procès ruineux, dans

1. Ricard. *Traité des donations*, 1^{re} partie, chap. III, sect IX.

2. Pothier. *Donations entre mari et femme*, appendice, n° 7.

3. Telle est la raison donnée par Bigot-Préameneu (*Recueil*, III, p. 184) pour expliquer le silence de la loi.

lesquels la preuve avait paru fort difficile à faire. On crut, lors de la rédaction du Code, que l'on pouvait se contenter des règles de droit commun relatives au dol.

Mais en outre l'institution de formes solennelles pour la réalisation des donations apparaissait comme une garantie de la liberté du donateur ; il est sûr qu'en présence du notaire la captation se réalisera moins facilement.

Mais nous pouvons tirer de ces remarques une règle d'interprétation. *Toutes les fois que la volonté du disposant n'aura pas été absolument libre, le juge devra être sévère dans l'application des règles restrictives qui se rapportent aux donations* : il importera peu alors de savoir si l'acte est une pure libéralité ou un acte mixte. Très souvent lorsque l'acte sera le fruit de manœuvres déloyales, il sera déguisé ; il pourra se présenter comme une rémunération, être conclu sous la forme d'une reconnaissance de dette. A très juste raison, la jurisprudence se montrera sévère en exigeant la preuve de l'intention libérale et le respect des règles de forme.

Nous avons eu l'occasion de citer déjà un certain nombre de décisions en ce sens : par exemple un arrêt de la Cour de Poitiers, reconnu conforme au droit par la Chambre des requêtes (1), et qui annulait une donation déguisée en constatant l'absence d'intention libérale ; par exemple encore un arrêt de la Cour de Toulouse (2), annulant une donation qu'un

1. D. 1880. 1.54.

2. S. 86.1.316.

avocat s'était fait consentir à titre de rémunération, après avoir été largement payé.

Dans l'espèce que nous allons citer (1), on sent très bien la méfiance traditionnelle du juge à l'égard des donations. Une femme D., instituée légataire universelle par une femme P. aux dépens de l'héritier, un sieur R., s'était engagée avec son mari, par acte sous seing privé, à lui verser 50.000 francs « pour réparer autant que possible le tort que lui avait causé le testament. Le tribunal de Clamecy, dans un jugement du 13 juillet 1883, émit l'idée que les époux D. n'avaient pas été guidés sans doute par *une simple pensée généreuse ; le sentiment serait très louable, mais il est si rare qu'il suscite la défiance* ; on se demande si le véritable motif n'était pas d'empêcher le sieur R. de soulever des difficultés relatives à la succession ; et l'acte est annulé comme constituant une donation que ne déguise pas l'acte apparent. Le tribunal et la Cour de Bourges, qui confirma le jugement, n'ont pas cru devoir s'arrêter à l'idée de la réparation d'un tort plus que la Cour de Toulouse ne s'était arrêtée, dans l'espèce précitée, à l'idée de rémunération d'un service. Avec raison ils se sont servis de la sévérité des règles de forme de la donation pour annuler un acte louche.

Nous citerons enfin une série de décisions (2) relatives à une donation déguisée sous forme de vente.

1. Bourges, 16 mai 1884. S. 85. 2. 60.

2. Req. 17 juillet 1906. S. 1908.1. 167.

Le 1^{er} avril 1903, le tribunal de Lombez avait validé l'acte. Il résulta de présomptions et de témoignages produits devant la Cour d'Agen qu'il y avait eu abus de blanc-seing ; et le 9 février 1904, la cour infirma le jugement de première instance, en constatant que « l'écrit produit par G. n'était pas le résultat ou la consécration d'accords intervenus entre lui et B., soit pour une vente, soit pour une donation ». — La Chambre des requêtes rejeta le pourvoi dirigé contre cet arrêt, en motivant ainsi sa décision : « Il a été déclaré au cours des débats par le demandeur au pourvoi que l'acte avait eu pour objet de déguiser, sous l'apparence d'une vente, une donation à son profit ; *la simulation ainsi reconnue autorisait l'admission de témoignages et de présomptions*, d'où le juge pouvait faire résulter la nullité de l'acte litigieux. »

Nous pouvons donc bien dire que la donation déguisée, tout en étant valable en principe, est un acte suspect, qui a, aux yeux du juge, une force moindre que la donation réalisée dans les formes des articles 931-932 : il sera plus porté à la méconnaître. Il n'y a là qu'une application normale d'un principe évident : la donation, acte grave, acte louche, ne sera valable, qu'on y voie une libéralité pure ou une opération mixte, que si elle émane d'une volonté absolument libre ; et le respect des formes solennelles apparaîtra généralement comme une garantie de l'existence de cette liberté.

§ 2. — LA PROTECTION DU PATRIMOINE FAMILIAL

Lorsque Pothier et Bigot-Préameneu présentaient la donation comme l'exercice normal du droit de propriété, ils ajoutaient aussitôt qu'il fallait concilier ce droit de l'individu avec les droits de la famille. Nous trouvons ici la source essentielle de la législation en notre matière. On a coutume de présenter le droit de propriété comme un droit strictement individuel ; mais certaines de nos institutions restent inexplicables si l'on se refuse à reconnaître dans le droit contemporain lui-même l'idée encore vivante d'un patrimoine familial.

Notre droit dérive essentiellement du droit romain et du droit germanique : et dans l'un comme dans l'autre nous constatons à l'origine l'existence d'une copropriété de famille ; cela apparaît clairement à Rome dans l'institution des *heredes sui* ; et cela apparaît clairement en droit germanique dans l'institution de la *terra aviatica* (1). Aussi n'est-il pas surprenant que l'on trouve, dans tout notre ancien droit, l'idée persistante que les membres de la famille ont sur les biens de l'individu un droit acquis. Cela se révèle par exemple dans les clauses comminatoires (2) dirigées contre les parents qui oseraient attaquer une donation ; cela se révèle surtout dans

1. Lefèvre. Cours 1909-1910.

2. Voir les documents cités plus haut, p. 24.

les *laudationes parentum* (1), par lesquelles les proches parents s'associent en quelque sorte à l'acte de libéralité du donateur. Dans son beau livre sur l'Évolution du testament en France, M. Auffroy (2) a noté une conséquence curieuse de l'idée de copropriété familiale : « Il est remarquable, dit-il, que les disposants tendent à considérer comme bénéficiaires des biens qu'ils assurent à leurs familles, non pas tels ou tels parents considérés isolément, mais bien plutôt l'ensemble de leurs proches. » Il remarque que cela fait contraste avec l'individualisme du droit romain récent.

La copropriété de famille laissa dans certaines coutumes des traces bien nettes ; nous citerons seulement comme exemple cette disposition de la coutume (locale) de Saint-Sever (réd. de 1514) (3) : « Le père durant sa vie n'est tenu bailler aucune portion de ses biens avitins à ses enfants, s'il les veut alimenter avec lui. — Mais, s'il les veut mettre hors de la maison, leur doit bailler la quarte partie desdits biens soit en biens meubles ou immeubles. »

C'est dans la copropriété de famille qu'il faut chercher l'origine de la réserve des propres, qui était en général, on le sait, des quatre-quints. On a souvent dit que la réserve ne protégeait la famille que contre les dispositions testamentaires ; il en était

1. Auffroy. *Evolution du testament* p. 465 sqq.

2. Auffroy, *op. cit.*, p. 335.

3. Saint-Sever. (Cout. locales), tit. VIII, art. 1 et 2.

ainsi dans la coutume de Paris (1), et dans beaucoup d'autres. Mais ailleurs, une forte portion des propres est protégée contre les donations entre vifs : il en était ainsi par exemple dans les coutumes de Touraine, d'Anjou et du Maine (2). — Il y a plus : si la famille a sur les biens patrimoniaux un droit acquis, ces biens doivent être frappés d'une véritable indisponibilité, qu'il s'agisse d'aliénation à titre gratuit, ou d'aliénation à titre onéreux. Et en effet, dans quelques coutumes, nous voyons qu'on ne peut aucunement disposer de la plus grande partie de ses propres, si ce n'est en cas d'urgente nécessité, ou avec le consentement des plus proches héritiers : nous citerons à cet égard, la coutume de Ponthieu (réd. de 1494) et la coutume de Saint-Paul (réd. de 1567) (3). Ce qui prouve bien que ce sont là des survivances isolées d'un régime antérieurement plus répandu, c'est que dans un très grand nombre de coutumes, on éprouve le besoin de dire, à l'époque de la rédaction, que l'individu pourra disposer de ses biens entre vifs sans nécessité prouvée ni consentement des héritiers : on trouve la formule par exemple à Chartres, à Ribemont

1. Paris (réd. 1510), art. 97 ; (réd. 1580), art. 272.

2. Touraine, art. 233. — Maine, art. 332. — Anjou, 320 sqq.

3. Ponthieu, tit. II, art. 20. Saint-Paul, tit. III, art. 36 : « Aucun ne peut *vendre ni donner*, ou autrement aliéner ses héritages féodaux, cotiers ou roturiers à lui venus de la succession de ses prédécesseurs, si ce n'est par observant l'une des trois voies : nécessité urgente, consentement de son prochain héritier, emploi fait en bons et suffisants héritages »

à Châteauneuf-en-Thimerais (1). Rien ne prouve mieux la survivance de l'idée d'une copropriété de famille.

Cette idée survécut jusqu'à la fin de l'Ancien Régime ; et nous trouvons chez Pothier (2), commentant la coutume de Paris, une vieille formule romaine qui, à être transposée, n'a rien perdu de son exactitude : les biens des père et mère doivent, selon l'ordre naturel, passer à leurs enfants, « *ces biens étant même censés être en quelque façon, de leur vivant, les biens de leurs enfants*, qui sont appelés pour cette raison *sui heredes* lorsqu'ils y succèdent, quasi succedant in bona quæ jam erant sua. »

Au moment de la rédaction du Code, des conceptions foncièrement individualistes dominaient. De plus on fondit, pour créer notre réserve actuelle, la réserve coutumière et la légitime romaine ; cette dernière, qui est une construction de droit récent, se rattache à l'idée de l'*officium pietatis*, d'un devoir d'affection, c'est-à-dire qu'elle est conçue d'une façon individualiste. Mais une pareille institution n'a pu s'établir que sur un terrain préparé par l'idée d'un patrimoine de la famille. Il en est de même de notre institution de la réserve. Les jurisconsultes du Consulat ont bien pu interpréter dans un langage individualiste les vieilles institutions, ils n'en ont pas changé l'esprit. Ils ont pu abolir la distinction des

1. Chartres, art. 88. — Ribemont, art. 50. — Châteauneuf-en-Thimerais, art. 110.

2. Pothier. *Traité des donations entre mari et femme*, n° 110.

propres et des acquêts, rattacher l'institution de la réserve à un devoir d'affection des parents envers les enfants : façon oratoire et purement verbale de présenter les choses. Ce devoir aurait pu justifier une obligation alimentaire ; il n'aurait pas suffi à justifier une atteinte aussi grave que l'institution de la réserve aux droits de l'individu. La légitime ne s'est établie à Rome, la réserve n'a été admise dans notre Code civil que parce qu'il y a eu en droit romain et en droit français l'idée persistante, sinon toujours aperçue, de la copropriété familiale. Et aussi bien, au moment même de la rédaction du Code, l'idée a été émise en plusieurs circonstances. Voici par exemple un passage de Treilhard (1), tiré de l'Exposé au Corps législatif des motifs de la loi sur les successions ; il est d'autant plus notable qu'il se rapporte à l'exposé d'une théorie foncièrement individualiste, cette théorie que la succession *ab intestat* est le testament présumé du défunt. « Sans doute, nous dit Treilhard, cette présomption [que le défunt aurait testé en faveur des collatéraux] n'a pas la même force que celle qui appelle respectivement les pères et les enfants : *la nature avait en quelque manière établi entre eux une communauté de biens* ; et leur succession n'est pour ainsi dire qu'une jouissance continuée. » Et le tribun Siméon (2), dans son discours au Corps législatif sur la même loi, nous dit encore : « La succession est

1. *Recueil général*, t. III, p. 5.

2. *Recueil général*, t. III, p. 101.

une espèce de continuation du domaine du défunt en faveur de ses proches. Elle opère une moindre mutation de propriété que les donations entre vifs ou testamentaires, ou que les obligations. »

On voit dès lors de quelle façon il faut comprendre notre institution de la réserve, qui restreint d'une façon si grave la liberté de donner entre-vifs : elle protège le patrimoine, conçu comme appartenant à la famille. De même l'institution du rapport a pour objet d'assurer une certaine dévolution de ce patrimoine. Enfin on pourrait être tenté de rattacher à une idée de même ordre la révocation pour survenance d'enfant : on l'a expliquée par une présomption de volonté du donateur ; mais on sait qu'on ne peut l'écarter par une expression formelle de volonté, d'abord sans doute parce que la clause serait devenue de style, mais aussi parce que la présomption de volonté (purement hypothétique) rejoint une considération d'ordre public, qui est précisément la protection des plus proches parents (1). Mais nous laisserons de côté cette institution tardive et mal venue (2), pour nous attacher aux règles si importantes du rapport et de la réserve.

Ce qu'il faut sauvegarder c'est le patrimoine de la

1. Pothier. *Donations entre vifs*, sect. III, art. 2.

2. On a fait remarquer que la protection accordée à l'enfant était singulièrement fragile, puisque le donateur pouvait disposer à son gré des biens qui lui revenaient par suite de la révocation ; était-il bien utile alors de compromettre ainsi la stabilité du droit de propriété ? (Cf. Planiol, III, § 2659).

famille. Aussi les règles de la réserve, et celles du rapport, ne devraient-elles s'appliquer, semble-t-il, qu'aux libéralités importantes, à celles qui ont vraiment entamé la fortune du disposant. Conformément à cette idée, certains arrêts ont opposé nettement les libéralités prises sur les revenus, et celles qui compromettent le capital. La portée de cette distinction serait considérable ; et nous devons examiner de près la jurisprudence en question.

Nous citerons d'abord un arrêt du 28 juillet 1860, rendu par la Cour de Bordeaux (1). S'il n'est pas permis au père de famille « *d'épuiser son patrimoine et d'appauvrir ses enfants par des libéralités excessives*, il doit avoir une certaine latitude dans l'emploi de ses revenus ; ce serait aller trop loin, comprimer les sentiments les plus généreux, et tarir la source de la bienfaisance et de la charité, que de supputer minutieusement après sa mort *les sommes modiques qu'il prend sur ses revenus* pour venir en aide au malheur, et de les imputer sur le disponible ; on doit, et à plus forte raison, leur appliquer, comme aux fruits des choses données, la maxime *Lautius vixisset*. C., qui était plus que millionnaire, et jouissait d'un revenu de 50.000 à 60.000 francs a, dans un intervalle de trente et un ans, disposé en faveur de ses parents pauvres, tous simples artisans, des sommes qui, réunies, s'élèvent, il est vrai, à 100.000 ou 150.000 francs, mais qui, divisées, *ne formaient annuellement qu'une*

1. Sous Req. 29 juill. 1861. S. 1862.1.716.

mince fraction de son revenu ; au lieu de les dépenser pour son plaisir, comme il l'aurait pu sans être taxé de prodigalité, ou de les distribuer en aumônes à des inconnus, il les a employées au soulagement de sa famille... Il importe peu que ces sommes eussent, eu égard à la situation des pauvres qui en étaient gratifiés, une certaine importance, qu'elles formassent, quant à eux, de petits capitaux et les missent à même de s'élever au-dessus de leur humble condition ; c'est principalement par rapport au donateur qu'il faut les considérer, et elles n'excèdent pas, quant à lui, la mesure de ce qu'il pouvait dépenser en œuvres de charité. »

L'arrêt fut attaqué, spécialement pour violation de l'article 922 qui, disait-on, ne distingue pas, pour les dispenser de la réduction, les libéralités prises sur les revenus de celles qui sont prises sur les capitaux.

Devant la Chambre des requêtes, le conseiller rapporteur Hardoin contesta la valeur de l'argument invoqué par le demandeur en cassation : si son opinion devait être admise, « il faudrait, dit-il, aller jusqu'à soutenir que toutes les sommes, quelque minimes qu'elles soient, données par le défunt, celles mêmes qu'il a pu employer en œuvres de charité, en aumônes, devraient être réunies fictivement à la masse pour calculer la réserve... Il appartient au juge d'apprécier le véritable caractère de la libéralité, et de dire *si elle constitue un acte de bienfaisance ou ce que la loi entend par une donation entre vifs.* » La Chambre des requêtes se rallia à cette opinion,

constata que les sommes données avaient été prélevées sur des revenus dont elles ne formaient qu'une faible part, et rejeta le pourvoi en proclamant qu'il appartient au juge du fait d'apprécier si les libéralités visées sont des œuvres de charité ou de véritables donations entre vifs.

On trouve, par la suite, des arrêts dans le même sens (1), en matière de réserve et en matière de rapport. Mais, vers 1879, la jurisprudence semble s'orienter dans une voie nouvelle. Sans doute un arrêt de la Cour de Bourges (2) proclame bien encore « que le père et la mère de famille ont sur leurs revenus le droit de disposition le plus large et le plus étendu ; que l'usage qu'ils en font ne peut être, *sauf des cas très rares et exceptionnels*, critiqué après leur mort pour prétendre soit qu'ils ont excédé la quotité disponible, soit qu'ils ont porté atteinte au principe d'égalité qui règle les rapports des successibles au même degré. » Dans cet arrêt lui-même nous avons souligné les mots qui dénotent quelque timidité dans l'affirmation de la thèse. — La même année, la Cour de Caen (3) proclame le principe que l'article 922 « ne distingue pas entre les dons pris sur les revenus et ceux faits sur le capital ». Et la Cour de cassation elle-même (4) se prononce dans le même sens, à pro-

1. P. ex. Montpellier, 31 déc. S. 1866.2.186.

2. Bourges, 10 déc. 1879. S. 1881.2.110.

3. Caen, 28 mai 1879. S. 1880.2.181.

4. Req. 12 nov. 1879. S. 1880.1.65.

pos du rapport cette fois, affirmant « qu'aucune disposition de la loi n'affranchit du rapport les libéralités prises sur les revenus; que si l'article 852 du Code civil en exempte les frais de nourriture, d'éducation, d'apprentissage, les frais ordinaires d'équipement ou de noces, et présents d'usage, ce n'est pas seulement parce qu'ils ne peuvent pas être présumés avoir été pris sur le capital, mais encore parce que, dans le cas du moins où il s'agit d'un enfant, le paiement de ces frais ne constitue que l'acquittement de la dette imposée aux parents par l'article 203 du même Code, et que, dans les autres cas, ils ne sauraient être réputés avoir occasionné au *de cuius* un sacrifice sérieux. » Mais, chose curieuse, après avoir affirmé le principe, les deux arrêts précités constatent qu'en fait il s'agit de libéralités très importantes; en particulier l'arrêt de Cassation constate qu'un domaine se trouve grevé de 600.000 francs d'hypothèques, et remarque que le *de cuius* a certainement été amené à les consentir en raison des dons en question: de sorte qu'en l'espèce le capital avait été gravement atteint.

Les notes qui accompagnent ces arrêts témoignent elles-mêmes de quelque faveur pour la doctrine ancienne. La note qui est sous l'arrêt de Cassation de 1879, au recueil de Sirey, rappelle la jurisprudence de 1861, et énonce à nouveau l'idée que « des actes de bienfaisance ne sont pas de véritables donations »; elle cite Laurent à l'appui de cette doctrine(1). Plus précise, la note qui accompagne l'arrêt

1. Laurent, t. XII n° 63.

de Caen dans le même recueil reconnaît que personne ne soumet à la réserve les « cadeaux d'usage et dons de charité, faits en proportion de la fortune du disposant » ; et elle ajoute que l'on pourrait appliquer à la réserve la formule suggérée par l'article 852 pour le rapport : on pourrait y soustraire les dons pris par la donateur sur ses revenus et attribués au donataire pour être consommés comme revenus : il n'y a alors ni appauvrissement du donateur, ni enrichissement du donataire. La note cite en outre, en faveur de l'opinion qui soustrait à la réserve toute donation prise sur le revenu du donateur, l'opinion de Demante (1). Il est clair que la jurisprudence comme la doctrine ont peine à se détacher de cette idée que la donation est un acte susceptible de compromettre, d'entamer le patrimoine du donateur (2).

Le 1^{er} février 1896, le tribunal de Nîmes (3) reprenait la jurisprudence de 1861, en affirmant « qu'on ne saurait sérieusement dénier au père de famille la faculté de disposer de ses revenus, soit pour ses propres besoins, soit au profit des personnes qu'ils désireraient faire jouir de son aisance. » La Cour de Nîmes reforma le jugement sur ce point ; et la Chambre des requêtes rejeta le pourvoi qui invoquait les articles 829

1. Demante, t. IV, n° 53 *bis*.

2. On pourrait mentionner l'art. 1083 C. civ. qui, à propos de l'insitution contractuelle, décide que « le donateur ne pourra disposer à titre gratuit des objets compris dans la donation, *si ce n'est pour sommes modiques*, à titre de récompense ou autrement. »

3. Sous Req. 13 avril 1899, D. 1901.1.233.

et 852 du Code civil ; son arrêt est très clairement motivé : « Aucun texte ne dispense du rapport les libéralités faites sur les revenus, lorsqu'elles ne peuvent se rattacher à aucun des cas prévus par l'article 852 ; c'est la cause et la nature de la dépense, non l'origine des fonds qui y ont été employés qu'il faut considérer pour savoir si elle est rapportable. »

A l'époque contemporaine, la question a pris une importance nouvelle par suite du développement des assurances sur la vie. On sait que la jurisprudence a abandonné l'opinion qui soumettait au rapport et à la réduction le capital assuré ; elle n'y assujettit que les primes ; on soutient, avons-nous déjà vu, que les primes elles-mêmes devraient y échapper lorsqu'elles sont prélevées sur les revenus. Il y a eu, sur la question, des arrêts en sens contraire (1) ; de sorte que, dans la pratique, le débat reste ouvert.

C'est en particulier sur le sens de l'article 852 que la discussion a porté. Sous l'arrêt précité de la Chambre des requêtes (2), M. Boistel remarque que l'article 852 s'explique peut-être en partie par le fait que les dépenses en question sont généralement prises sur les revenus ; mais il s'explique surtout par le fait

1. Voir, en faveur de la théorie qui soumet les primes au rapport et à la réduction, en tout état de cause, Wahl sous Rouen, 29 mai 1897, et Paris, 23 juin 1898 dans S. 1900.2.1. — en faveur de la théorie qui soustrait les primes au rapport, lorsqu'elles sont prises sur les revenus, Lyon-Caen sous Cass., 4 août 1908. S. 1909.1.3 ; — et les arrêts auxquels renvoient ces notes.

2. D. 1901.1.233.

qu'elles sont l'acquittement soit d'une obligation alimentaire, soit d'un devoir de société. On dit, ajoutez-il, que le donateur aurait pu dépenser ses revenus autrement. C'est déplacer la question. Il ne s'agit pas de savoir ce qu'il pouvait faire, mais ce qu'il devait dire pour dispenser du rapport. Rien ne fait soupçonner qu'il a voulu priver ses héritiers de la somme distraite des revenus et qui se serait capitalisée.

A notre sens, les deux justifications de l'article 852 n'en font qu'une : on se refuse à considérer comme de véritables donations des actes qui d'une part s'imposent à l'individu comme l'accomplissement d'un devoir social, et qui d'autre part ne l'appauvrissent pas réellement, n'entament pas son patrimoine. Si on considère les espèces dans lesquelles la jurisprudence a adopté des solutions qui, abstraitement, semblent inverses, on voit qu'au fond il y a moins de diversité qu'en apparence. Ce qui est vrai, c'est que la Cour suprême hésite à admettre franchement, à consacrer officiellement la formule de « libéralité prise sur les revenus », qui n'est pas dans la loi. Il nous semble pourtant que c'est la seule formule claire qui permette d'appliquer les règles de la réserve et du rapport aux actes que le législateur avait en vue, et à ces actes seulement : nous voulons dire ceux qui entament le patrimoine.

Il y a intérêt, croyons-nous, à rapprocher de notre question deux problèmes analogues.

Nous voulons parler d'abord de l'institution du conseil judiciaire. Ici, com me dans le cas de la réserve,

il s'agit de protéger, contre les agissements de son détenteur actuel, un patrimoine sur lequel le droit de l'individu n'est pas absolu. Sans doute on ne s'attachera pas ici au caractère gratuit ou onéreux des actes de dissipation. Mais nous avons vu que dans certaines coutumes, les propres étaient protégés contre les ventes aussi bien que contre les donations. Or, dans les procès en dation de conseil judiciaire, nous voyons apparaître précisément la distinction que nous étudions. C'est ainsi que dans un procès célèbre, où plaida Waldeck-Rousseau, la Cour de Paris (1) infirma la décision des premiers juges, qui avaient donné à Max L. un conseil judiciaire, alors que ses prodigalités s'étaient bornées à la consommation de ses revenus sans que le capital fut entamé (2).

Nous signalerons en outre les divergences d'interprétation auxquelles a donné lieu l'article 1422 du Code civil. « [Le mari] ne peut disposer entre vifs à titre gratuit des immeubles de la communauté, ni de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs. — Il peut néanmoins disposer des effets mobiliers à titre gratuit et particulier, au profit de toute personne, pourvu

1. Paris, 31 janv. 1894. D. 94.2.233.

2. On ne peut considérer la question comme tranchée d'une manière absolument définitive, car tout récemment le tribunal de la Seine (jugement du 4 mars 1910) a donné un conseil judiciaire à un jeune homme qui avait contracté des dettes à peu près équivalentes aux économies réalisées par son tuteur ; il est vrai que ces économies avaient été « capitalisées » en l'espèce.

qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit. » La jurisprudence interprète généralement la loi en annulant les donations, même à titre particulier, du mobilier, lorsqu'elles sont excessives. Le motif est que « ses prescriptions deviendraient illusoires, si on reconnaissait au mari la faculté de faire des dons en argent qui absorberaient, à raison de leur importance, la plus grande partie de l'actif de la communauté (1) ».

Cette attitude de la jurisprudence est critiquée; et nous trouvons dans une note anonyme du Sirey (2) un résumé clair de la discussion. Le mari, même en disposant de la plupart des meubles de la communauté, ne tourne pas la loi, puisque la loi ne prohibe que les donations universelles ou à titre universel; et, ajoute-t-on, on risque, en suivant la jurisprudence, de tomber dans l'arbitraire: quand une « donation » sera-t-elle « excessive »? Mais l'expression « présents d'usage » employée par l'article 852 offre la même difficulté; et il n'est pas rare que le juge ait à fournir des appréciations de ce genre. Il nous paraît difficile de nier que l'intention du législateur de l'an XII ait été d'empêcher la dissipation d'une part importante de la communauté. Siméon expliquait de la façon suivante au Corps législatif l'article 1422 (3): « Lorsqu'il [le mari] hypothèque ou aliène, on présume que c'est par besoin. Il reçoit un prêt ou le prix d'une vente;

1. Bordeaux, 16 janv. 1878. S. 1878.2.252.

2. Sous Agen, 11 févr. 1896, S. 1899.2.73.

3. *Recueil général*, t. VI, p. 234.

on croit qu'il en fera un emploi utile. Hypothéquer, vendre, c'est administrer ; mais donner, sous certains rapports, c'est perdre. La disposition à titre gratuit excède les pouvoirs de l'administration ; car administration et conservation sont des termes corrélatifs ; et si l'administration exige des sacrifices, ils doivent avoir une indemnité que la disposition à titre gratuit ne peut pas donner. » Il est bien clair que l'intention du législateur a été de prévenir une dissipation des biens communs.

Vainement objectera-t-on que le législateur n'a pas tenu à protéger les effets mobiliers parce qu'à cette époque encore on pouvait dire : *Vilis mobilium possessio*. Nous répondrons que cela montre précisément le sens de la loi : si le législateur est plus indulgent pour les dispositions de meubles, c'est parce qu'il les imagine comme étant en général de minime importance. Les valeurs mobilières ayant pris une place croissante dans la fortune publique, on suit la volonté de la loi, en se montrant sur ce point particulièrement rigoureux. Ajoutons que dans l'ancien droit il y avait eu une tendance manifeste à enlever au mari le pouvoir de donner. Certaines coutumes l'y autorisaient ; mais à Paris par exemple la question était controversée ; les auteurs citaient la maxime *Donare est perdere*, et on refusait souvent au mari le droit de donner dans les coutumes muettes (1). Or, au

1. Louet, *Lettre D*, n° 48. — Coquille, Coutume du Nivernais, tit. III, art. 3. — Ferrière, Coutume de Paris. t. III, col. 216 et 221.

moment de la rédaction du Code civil, au moment où l'on confrontait le régime de communauté et le régime dotal, on n'était certainement pas disposé à accroître les pouvoirs du mari comme administrateur, Et les orateurs des travaux préparatoires nous disent en effet que l'on a tenu à protéger la femme plus efficacement qu'elle ne l'était en droit coutumier(1).

Nous croyons donc que la jurisprudence s'est fixée conformément à l'esprit, si ce n'est conformément à la lettre de la loi (2). Dans cette question, comme dans la matière de la réserve, il s'agit de savoir si les libéralités sont suffisamment importantes pour changer la consistance d'un patrimoine. Ici la jurisprudence a rendu plus rigoureuse la loi en annulant les donations excessives de meubles ; là elle tend à la rendre moins sévère, en soustrayant aux règles de la réserve et du rapport les libéralités faites sur les revenus. Mais dans les deux cas la tendance est la même : on précise la notion d' « appauvrissement » en l'appliquant à toute diminution effective du patrimoine, et à ce cas-là seulement. Le Code civil allemand (art. 516) s'est exprimé plus clairement que la loi française : la donation est, selon lui, « une disposition par laquelle une personne en enrichit une autre *aux dépens de son patrimoine*. »

1. Voir p. ex. Rapport de Duveyrier, dans *Recueil général*, t. VI, p. 117.

2. Voir, outre les arrêts cités plus haut : Rouen, 2 janv. 1860. S. 1861.2.204). — Toulouse, 22 juillet 1865 (S. 1866.2.128).

§ 3. — LA MAXIME : CERTAT DE LUCRO CAPTANDO

Lorsque l'on parle d'un patrimoine et des atteintes qu'on y peut porter, on ne pense pas nécessairement aux droits de la famille ; on peut penser encore à l'individu lui-même : l'ensemble de ses biens constitue le gage de ses créanciers ; et ceux-ci, on le sait, sont protégés contre certaines diminutions du patrimoine de leur débiteur, d'une part en vertu de l'article 1167 du Code civil, et d'autre part en vertu des articles 446-447 du Code de commerce.

L'une et l'autre institution traitent différemment les actes gratuits et les actes onéreux. La révocation des actes gratuits est plus facilement obtenue. Le motif est clairement exprimé dans la formule romaine qui oppose *la situation du créancier à celle du donataire* : *le premier* « *certat de damno vitando* » ; *le second* « *certat de lucro captando* ». Si la donation est révoquée, c'est d'abord sans doute parce qu'il y a eu appauvrissement du donateur, diminution de son patrimoine ; mais c'est aussi parce que l'individu qui sera atteint par la révocation ne subira, en définitive, aucune perte : c'est donc le caractère de son enrichissement, la gratuité de son acquisition qui justifiera la rigueur de la loi à son égard. C'est pour cela que, dans le cas de l'action Paulienne, il sera inutile d'établir sa mauvaise foi ; et c'est pour cela qu'en matière de faillite les donations effectuées pendant la période suspecte seront nulles de droit, et sans que

l'on ait à établir que le donataire avait connaissance de la cessation des paiements.

Le motif de la loi explique les caractères de ses dispositions.

1° La loi entend simplement préférer le créancier au donataire. Par suite la donation n'est pas annulée de telle façon que le bien rentre dans le patrimoine du donateur ; le tiers peut garder le bien, en matière d'action Paulienne, en désintéressant les créanciers poursuivants ; de plus on admet en général que la révocation ne profite qu'aux créanciers poursuivants, non aux autres (1) ; en tout cas elle ne saurait profiter au donateur. — De même le failli ne peut pas se prévaloir de la nullité contre le donataire (2) ; il y a eu quelque hésitation pour le cas où il s'agit d'un failli concordataire, car le failli ne pourra peut-être exécuter les stipulations du concordat que s'il obtient la nullité des actes faits pendant la période suspecte (3) ; mais la jurisprudence ne s'est pas arrêtée à cette objection, et d'ailleurs, dans cette opinion même, c'est seulement dans l'intérêt des créanciers que la révocation serait obtenue.

1. La doctrine est unanime en ce sens : voir par ex. Aubry et Rau, 5^e éd., t. IV, § 313, p. 235. — Demolombe, t. XXV, n° 266. — Planiol, t. II, § 331. — La jurisprudence est divisée : voir dans le sens de l'effet relatif : Bordeaux, 2 juill. 1890. S. 91.2.9 ; en sens inverse : Bourges, 18 juillet 1892. S. 93.2.210.

2. Cass., 15 juill. 1857. S. 1858.1.705. — Cass., 10 févr. 1878. D. 1878.1.291.

3. Lyon-Caen et Renault. *Droit commercial*, t. VII, p. 261, n° 5.

2° C'est le caractère gratuit de l'enrichissement du donataire qui importe; et par suite on doit interpréter d'une façon large l'expression, certainement trop spéciale, de l'article 446 du Code de commerce : « tous actes translatifs de propriétés mobilières ou immobilières à titre gratuit » (1) : il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse d'une translation de propriété; l'acte révocable pourra être une constitution de droits réels, une obligation contractée à titre gratuit, une remise de dette; la jurisprudence est fixée en ce sens (2). Plus clairement rédigé, le Code italien (art. 707-1°) mentionne « tous les actes et toutes les aliénations à titre gratuit. » — Si dans un acte onéreux, il y a une inégalité marquée entre ce qu'a donné le failli et ce qu'il a reçu, le juge le traitera comme une donation (3). La loi belge (art. 445) contient à cet égard une disposition formelle : elle applique la nullité de plein droit non seulement aux donations, mais aux « actes, opérations ou contrats commutatifs ou à titre onéreux, si la valeur de ce qui a été donné par le failli dépasse notablement celle de ce qu'il a reçu en retour » : c'est qu'alors quelqu'un s'enrichirait aux dépens de la masse; et il importe assez peu, remarquons-le, que l'intention libérale ait existé. En droit français il faudra peut-être la supposer; mais on devra se montrer à cet égard aussi peu exigeant

1. Voir sur ces différents points : Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VII, p. 267 et sqq.

2. Cass., 6 août 1867. S. 1867.1.452.

3. Cass., 5 avril 1875. S. 1876.1.155.

que possible. — On ne doit même pas respecter les menues libéralités, ni les donations rémunératoires : car là encore, du moment que le donataire n'avait pas un droit strict à faire valoir, il a obtenu un avantage sur lequel il ne devait pas strictement compter. — Enfin rappelons les discussions anciennes et persistantes auxquelles a donné lieu la constitution de dot : le centre du débat est la question de savoir si tel ou tel des époux *certat de damno vitando* ou simplement *de lucro captando*. On dira par exemple que le mari serait vraiment lésé si, après avoir accepté les charges du ménage, il se voyait privé de la dot.

3° Le principe dont nous venons de voir de nombreuses applications nous permet de trancher une question controversée. Nous voulons parler des effets de la nullité. Supposons qu'il s'agisse d'un donataire de bonne foi : ne devra-t-on pas restreindre le montant de son obligation à ce dont il se trouve enrichi lors de l'exercice de l'action ? Cette solution est admise en matière d'action Paulienne, conformément à la tradition (1). On la conteste en matière de faillite (2), parce que la loi ne distingue pas le donataire de bonne foi et le donataire de mauvaise foi. Mais les dispositions du Code de commerce se rattachent au même principe juridique que l'article 1167 ; et, du moment que l'on admet pour l'interprétation de ce dernier l'autorité de la tradition, il semble que

1. Voir Demolombe, t. XXV, n^{os} 196, 258 et sqq.

2. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. VII, p. 279.

l'on doit l'admettre aussi pour l'interprétation de l'article 446 du Code de commerce. On remarque que la loi se montre plus rigoureuse en matière de faillite, et qu'elle a tenu précisément à écarter les règles de l'action Paulienne; mais il est difficile d'admettre qu'elle ait voulu écarter ces règles même sur des points qu'elle ne mentionnait pas explicitement. La seule raison qu'ait la loi de sacrifier à la masse l'acquéreur à titre gratuit, c'est le fait qu'il réalise un bénéfice, *lucrum* : c'est donc seulement dans la mesure où il réalise ce bénéfice qu'il doit être atteint.

C'est également parce que le donataire s'enrichit sans avoir à faire aucun sacrifice que les donations ont été frappées de droits particulièrement élevés. Nous n'avons pas à examiner ici les principes de l'organisation de l'impôt. Ce qui est important c'est que les *mutations à titre gratuit sont traitées plus rigoureusement que les mutations à titre onéreux*. — Ce sera pour l'administration de l'enregistrement un problème délicat que de reconnaître la gratuité effective de certains actes sous la forme onéreuse qu'ils ont revêtue : il y a à cet égard une jurisprudence abondante.

Dans la donation déguisée, il y a un acte sur le sens duquel on peut avoir des doutes, mais qui signale tout au moins l'opération ; le don manuel au contraire est presque insaisissable ; et pourtant il est clair que, puisqu'il y a eu enrichissement gratuit, il y a lieu d'appliquer les droits spéciaux qui frappent les donations. C'est pour cela que l'article 6 de la

loi du 18 mai 1850 a décidé que les « actes » renfermant « soit la déclaration par le donataire ou ses représentants, soit la reconnaissance judiciaire d'un don manuel » seront assujettis au droit de donation. L'interprétation de ce texte a donné lieu à des difficultés. Fallait-il entendre le mot « actes » au sens d'actes juridiques proprement dits, ou l'appliquer à toute espèce de reconnaissance ou de déclaration sous une forme quelconque ?

Le 11 mai 1867 (1), le tribunal de Lyon avait appliqué le mot actes aux « délibérations d'une commission d'hospice, suivies d'arrêtés préfectoraux approbatifs, qui constatent des offres faites à l'hospice, et déterminent l'emploi des sommes versées ou à verser ». — Les hospices de Lyon se pourvoient en Cassation, en soutenant que les actes visés sont des pièces d'administration intérieure, qui n'ont pas le caractère d'« actes » au sens juridique du mot ; et la Cour suprême leur donne raison. — Le tribunal de Bourg, tribunal de renvoi, juge dans le même sens que le tribunal de Lyon ; il constate qu'il s'agissait bien de dresser état des libéralités à titre définitif ; et cette fois les Chambres Réunies (2), au rapport du premier avocat général Blanche, rejettent le pourvoi, en décidant qu'il faut entendre le mot « actes » dans un sens très large.

La jurisprudence est fixée ; et, par exemple, on (3)

1. S. 1863.2.56.

2. Ch. Réunies 19 mai 1874. S. 1874.1.390.

3. Req. 16 nov. 1903. S. 1905.1.105.

a déclaré l'article 6 de la loi de 1850 applicable à une délibération de la Commission administrative des hospices de La Rochelle dans laquelle elle exprimait sa reconnaissance à un donateur anonyme, en consignant « la trace de son acte de généreuse charité. » — De même un jugement du tribunal civil de Bordeaux (1) a décidé que le droit de donation était dû sur un acte portant que des enfants ont reçu chacun de leurs parents une somme déterminée et auront à faire le rapport d'une somme égale. — Il suffit donc que l'on puisse conclure de l'acte, quel qu'il soit, l'existence d'une mutation à titre gratuit.

Il eût été vraiment incompréhensible que la jurisprudence se fixât en un autre sens.

On voit donc qu'à plusieurs égards il est important de considérer la donation non pas surtout comme un acte d'appauvrissement du donateur, mais comme un acte d'enrichissement du donataire, comme une *acquisition gratuite* : c'est à ce titre qu'elle est traitée avec une rigueur particulière par le droit civil, le droit commercial et le droit fiscal.

§ 4. — LA DONATION ACTE « DÉFAVORABLE » ;

LES DONATIONS « FAVORABLES ».

A bien des points de vue un acte déterminé peut être traité par le droit avec faveur ou défaveur (2) :

1. Trib, Bordeaux, 19 mars 1900. S. 1902.2.86. — Cf. S. 1897.1.417 (avec une note de M. Wahl).

2. Cf. Meynial, *Rôle de la logique dans la formation scientifique du droit*.

nous venons d'en voir un exemple à propos de la donation. Cette qualification de « favorable » ou de « défavorable » expliquera l'attitude du législateur et déterminera celle du juge.

Or il n'est pas douteux que, d'une façon générale, la donation soit un acte défavorable. D'abord elle est suspecte parce qu'elle résulte souvent de manœuvres louches, et parce qu'elle trouble l'ordre normal de dévolution des biens. Mais ces explications ne sauraient avoir qu'une importance accessoire, car elles vaudraient aussi pour le testament qui est, au contraire, vu avec faveur par le droit. Ce qui fait que la donation est suspecte, c'est qu'elle constitue un acte anormal. On a parlé de l'*homo œconomicus* ; il y a aussi un *homo juridicus*, type abstrait de l'homme normal : c'est le « bon père de famille » de notre Code ; or un bon père de famille, un sage administrateur ne donne pas ; donner, c'est perdre. Voilà pourquoi nos lois et nos tribunaux se montrent sévères à l'égard des donations.

Mais leur sévérité ne s'étend pas également à toutes les donations : il y en a qui sont considérées comme « favorables ».

Nous devons citer d'abord les *donations à cause de noces* : non seulement elles sont normales, conformes à l'usage ; mais elles facilitent le fonctionnement d'une institution que le droit protège avec sollicitude, le mariage. Il nous suffira de rappeler brièvement le régime de faveur auquel sont soumises les donations de cette catégorie : les exceptions à la règle « donner

et retenir ne vaut » sont particulièrement notables : il est permis d'insérer dans ces donations des conditions potestatives, il est permis de donner des biens à venir ; rappelons aussi que, dans son contrat de mariage, un mineur peut faire à son conjoint les mêmes donations que s'il était majeur, pourvu qu'il soit régulièrement autorisé par les personnes qui doivent l'assister au contrat.

Lorsqu'une libéralité a le *caractère alimentaire*, elle est traitée avec plus de faveur que les libéralités ordinaires. Notre ancien droit ne validait les donations à concubines que quand elles étaient modiques et avaient le caractère alimentaire (1). De même, à l'époque contemporaine, les enfants adultérins et incestueux ne peuvent recevoir, par donation entre vifs ou par legs, qu'une pension alimentaire (C. civ., art. 908, al. 3). De même les condamnés aux peines perpétuelles ne peuvent recevoir de libéralités, par donation entre vifs ou par testament, que pour cause d'aliments (Loi du 31 mai 1854, art. 3).

Les *libéralités charitables* jouissent, elles aussi, à quelques égards, d'un traitement privilégié. Bigot-Préameneu (2), expliquant que l'on ne considérerait pas comme incapables de recevoir « les hospices, les pauvres d'une commune, les établissements d'utilité publique » souhaitait que « l'esprit de bienfaisance qui caractérise les Français répare les pertes que ces

1. Pothier. *Donations entre mari et femme*, § 31. — *Donations entre vifs*, sect. I, § 6.

2. *Recueil général*, t. III, p. 185.

établissements avaient faites pendant la Révolution. » Nous avons examiné un arrêt remarquable de la Cour de cassation qui avait considéré comme acte onéreux une donation dans le but de la soustraire aux prétentions de la Régie (1). La loi du 25 février 1901 (art. 18 et 19) a fixé un tarif de faveur pour les donations affectées à des œuvres d'assistance : elles paient seulement 9 %, tandis que les donations faites à des particuliers non parents, hors le cas de mariage, acquittent un droit de 13,50 %.

A un autre point de vue pourtant, le droit considère avec méfiance les libéralités de ce genre : elles constituent des biens de main-morte, dans beaucoup de cas tout au moins. A la fois pour des raisons économiques et pour des raisons politiques, il paraît dangereux que les associations deviennent trop riches et trop puissantes. De là viennent les formalités d'autorisation exigées par l'article 910 du Code civil et la loi du 4 février 1901. De là viennent aussi les restrictions que la loi du 1^{er} juillet 1901 a apportées à la capacité d'acquérir des associations : les associations simplement déclarées ne peuvent recevoir ni dons ni legs ; et même les associations reconnues d'utilité publique ne peuvent posséder que les immeubles nécessaires à leur fonctionnement.

Non seulement il y a lieu de constater l'existence de certaines idées, de certains sentiments favorables ou défavorables à telle sorte de donations. Mais

1. Cass., 28 oct. 1895, S., 1897.1.289.

selon les moments, selon l'évolution de la vie sociale on voit certaines considérations morales dicter à la loi et aux tribunaux leurs décisions.

Ainsi, sous l'Ancien Régime, Ricard et Pothier décidaient, contrairement à la lettre du droit, que la révocation pour survenance d'enfants devait s'étendre au cas où le donateur n'ayant que des filles, aurait donné à un parent mâle de même nom et mêmes armes, car il serait à présumer que c'était « dans la vue de soutenir le lustre de sa maison » (1). On pourrait croire que l'idée a disparu entièrement ; chose curieuse, nous la voyons reparaître tout près de nous dans les considérants d'un arrêt de la Cour de cassation (2) ; la Chambre des requêtes, en 1895, valida une donation dans laquelle la donatrice, princesse de B.-Cr., semblait s'être réservé pourtant un droit de disposition très étendu, parce qu'elle « avait pour but de garantir la transmission et d'assurer la conservation d'un héritage de famille entre les mains d'un mineur qui était le dernier représentant mâle de sa race. »

A l'époque de la Révolution, la législation des libéralités reflète d'une façon bien curieuse l'état des esprits. Nous citerons par exemple les dispositions du premier projet de Code de Cambacérès, qui fut présenté le 9 août 1793 (3) : il n'était permis de donner, soit entre vifs soit à cause de mort, ni à celui

1. Pothier. *Donations entre vifs*, sect. III, art. 2, § 2.

2. Req. 1^{re} avril 1895, S. 1899.1.310.

3. Fœnet, t. I. 1^{er} projet ; titre III, art. 24.

dont le revenu excède la valeur de 1.000 quintaux de blé, car il est dans l'état d'opulence ; ni à aucun célibataire au-dessus de l'âge de 21 ans, ayant un revenu qui excède la valeur de 50 quintaux de blé, à moins qu'il n'ait adopté un ou plusieurs enfants, ou qu'il nourrisse son père ou sa mère, ou un de ses aïeux, ou un vieillard indigent. Et la loi du 17 nivôse an II décidait (1), dans son article 34 : « Les dons et legs à titre particulier, faits depuis et compris le 14 juillet 1789, sont maintenus dans le concours des deux circonstances ci-après : savoir, lorsque le donataire particulier ou légataire n'avait pas, au temps que le don ou legs lui est échu, une fortune excédant un capital de 10.000 livres, et lorsque le don ou legs particulier ne s'élève pas lui-même au delà de de cette somme. »

Ainsi voit-on se refléter dans le droit les opinions et les passions d'un temps. Rien n'est plus instructif à cet égard que l'histoire des libéralités pieuses. A l'origine, tel Père de l'Église est obligé de conseiller d'en user avec modération. Plus tard, elles passent tellement dans l'usage que l'on refuse parfois la sépulture à ceux qui sont morts sans s'acquitter de ce devoir. Cependant les familles résistent ; la méfiance grandit à l'égard de l'Église ; plus tard l'hostilité des Parlements s'affirme. Au XVIII^e siècle, Pothier ne manque jamais (2) d'indiquer que les libéralités pour

1. Duvergier, t. VI, p. 460 sqq.

2. Voir p. ex. : *Donations entre vifs*, sect III, art. 5, § 5.

cause pie sont soumises au droit commun, qu'elles ne sont en rien plus « favorables » que les autres. — Au xix^e siècle, ce sont en grande partie des sentiments de bienveillance ou d'hostilité à l'égard de l'église qui expliquent les variations de la jurisprudence et les divergences de la doctrine au cas de dons ou legs faits à des communes sous la condition d'entretenir des écoles congréganistes.

Jusqu'en 1886, la Cour de cassation jugea cette clause illicite (1), par application des lois du 18 juillet 1837 et du 15 mars 1850, qui attribuent au préfet le droit de décider si l'école sera laïque ou congréganiste ; mais il y avait beaucoup de décisions dissidentes (2). La loi du 30 octobre 1886, article 17, interdit aux communes de subventionner des écoles congréganistes, et désormais l'article 900 doit s'appliquer aux libéralités faites sous cette condition. Mais comment régler le sort des libéralités antérieures ? Beaucoup de cours d'appel estimaient en effet qu'elles n'étaient pas illicites. On a parfois, pour annuler l'acte au lieu de réputer la condition non écrite, traité la donation comme une convention onéreuse (3), traité la condition comme une condition résolutoire expresse (4), ou enfin considéré la condition comme

1. Cass., 20 nov. 1878, D. 79.1.304. — Cass., 19 mars 1884, S. 85.1.49.
— Cass., 3 nov. 1886, S. 87.1.241.

2. Cf. Martin. *Conditions impossibles*, p. 89.

3. Nancy, 22 janv. 1890, D. 91.2.113.

4. Chambéry, 8 juillet 1891, D. 92.2.137.

cause impulsive et déterminante (1). Mais on sent bien que ces procédés sont des façons juridiques de présenter une solution à laquelle on tient, pour des raisons d'équité ou en vertu de certaines préférences.

Nous avons tenu à montrer, par ces quelques exemples, que la façon dont le juge traite la donation ne dépend pas seulement d'une réglementation légale strictement interprétée, mais d'une foule d'idées, de sentiments, de passions qui existent en dehors de lui, dans la société à laquelle il appartient, et qui viennent influencer sur l'application du droit.

1. Besançon, 21 fév. 1889, D. 90.2.95. — Cass., 29 nov. 1892, D 93.1.67.
— Cass., 13 déc. 1897, S. 98.1.436.

CONCLUSION

En droit moderne, il importe assez peu, en général, que telle opération se réalise dans telles formes déterminées : souvent l'acte juridique ne se distingue pas de l'opération économique ; souvent l'acte écrit a pour but unique de ménager la preuve. Mais nous avons constaté dans la matière des donations une survivance curieuse du formalisme. Non seulement en principe, selon le régime officiel, la donation doit se réaliser dans les formes solennelles instituées par le Code, ce qui est déjà exceptionnel ; mais, alors même qu'elle se réalise, en dehors de la volonté de la loi, sous d'autres formes, elle n'est valable que si une tradition réelle a été effectuée ou si les formes apparentes d'un autre acte ont été scrupuleusement suivies. La chose s'explique, à ce qu'il nous a semblé, par le caractère anormal et suspect de la donation : ce sacrifice unilatéral est en dehors des habitudes, et l'on hésite à le consacrer juridiquement. Les exigences du droit sont donc restées ici plus rigoureuses que dans les autres matières.

Et pourtant la plupart des questions que nous avons eu à examiner ne sont nées que de la disparition du formalisme. Sans doute ce dernier subsiste en ce sens que la donation ne sera pas valable si elle ne satisfait pas à certaines exigences de forme. Mais c'est là, pourrait-on dire, une condition préliminaire. Une fois que l'acte est reconnu valable, on ne s'arrête pas aux apparences : on veut savoir ce qu'il a été effectivement, et c'est la nature véritable de l'opération qui déterminera les règles applicables. Le rôle du juge n'est plus uniquement aujourd'hui de vérifier la conformité, en quelque sorte extérieure, de l'acte aux règles de droit ; c'est la réalité qu'il doit atteindre pour lui appliquer ces règles : réalité matérielle et réalité psychologique, car l'intention des parties est aussi importante que la matérialité de l'acte pour en fixer la nature.

La tâche devient alors singulièrement délicate. Il s'agit en effet de classer des faits infiniment divers dans les catégories juridiques préétablies. C'est là une difficulté fort commune en droit moderne ; mais elle est particulièrement grave en la matière des donations, et l'on a grand'peine, nous l'avons vu, à appliquer l'antithèse entre l'acte gratuit et l'acte onéreux. La chose s'explique. Si l'on voulait prendre dans sa rigueur l'expression d' « acte gratuit », au sens de sacrifice consenti sans aucune compensation, elle ne s'appliquerait sans doute jamais : car c'est toujours en vue d'une certaine compensation, au moins psychologique, et par exemple pour la satisfaction d'un

sentiment de vanité ou d'un scrupule moral que l'on consent à se dépouiller de son vivant. Et parfois l'équilibre semble tellement s'établir entre la valeur de la chose donnée et la valeur de la satisfaction obtenue que l'acte gratuit se rapproche singulièrement de la convention onéreuse : lorsqu'il s'agira par exemple de l'exécution d'une obligation naturelle, lorsqu'il s'agira d'une donation avec charges, on hésitera souvent sur la nature de l'acte.

Si ces difficultés ne peuvent être entièrement levées, du moins semble-t-il que l'interprète peut se laisser guider par les idées qui ont dicté au législateur son attitude. Le législateur en effet, lorsqu'il a soumis la donation à telle règle déterminée, obéissait à certains principes, à certaines tendances. Une société, un droit déterminés ont, à l'égard de tel mode d'activité, une attitude bien définie. Une notion comme la notion de donation se trouve, pour ainsi dire, au point de rencontre de certains sentiments sociaux : c'est en fonction de ces sentiments, c'est pour en assurer le respect que la loi a été élaborée, et que la notion s'est cristallisée dans une formule. Le droit écrit est sans doute, en un sens, moins souple, plus rigoureux que la coutume : mais si l'on veut l'interpréter correctement, il nous paraît hors de doute qu'on ne saurait s'en tenir à un travail purement dialectique, et qu'il faut prendre conscience des idées, et même des sentiments qui sont la source même de la loi. Ce ne sera point là donner cours à l'arbitraire : ces idées et ces sentiments, qui caractérisent un régime juri-

dique, sont des réalités aussi stables que les textes de loi, plus stables peut-être, car parfois les révolutions passent sans les détruire, sans même les apercevoir.

On ne comprendra, semble-t-il, ce que c'est pour notre droit qu'une donation que si l'on tient compte au moins de trois idées essentielles, qui font partie de ce que l'on pourrait appeler la conscience de notre société : l'idée de libre disposition des biens nous pousse à admettre que l'individu peut se dépouiller, s'il le fait dans la pleine autonomie de sa volonté; — nous avons le souci de protéger le patrimoine de la famille contre les actes de l'individu qui le détient, et seule cette préoccupation qui nous vient d'un passé lointain peut expliquer l'institution de la réserve; — nous pensons enfin que le donataire, réalisant un pur bénéfice, doit être sacrifié, le cas échéant, à celui qui subirait une perte. Certains sentiments accessoires ont pu intervenir; mais ce sont là, semble-t-il, les éléments essentiels qui ont déterminé la structure de notre notion.

A mesure que la société évolue, ses idées et ses sentiments se modifient, plus lentement, moins brutalement que les lois, mais d'une façon plus profonde et plus définitive; ce sont ces modifications sociales qui déterminent l'évolution des lois, aussi bien que les fluctuations de la jurisprudence. S'ils ne les suivent pas, le législateur et le juge ne feront qu'œuvre fragile. Et ce dernier, sans doute, devra d'abord s'attacher à la lettre des textes; mais il n'en devra

point méconnaître l'esprit, et il ne remplira pleinement sa tâche que s'il est, en quelque façon, un reflet vivant de la conscience sociale.

Vu : *le Doyen*,
P. CAUWÈS

Vu : *le Président de la Thèse*,
ALB. WAHL

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD

